Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Dr. Julius Magnus**, Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., 1/1 Seite M. 325.—, 1/2 Seite M. 170.—, 1/4 Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postscheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Die Einkommenslage der deutschen Rechtsanwälte.

Von Privatdozent Dr. Karl C. Thalheim, Leipzig.

Inmitten der wirtschaftl. Not, die heute alle Berufsstände Deutschlands ergriffen hat, findet man nicht leicht Gehör, wenn man die Öffentlichkeit auf die besondere Notlage eines bestimmten Berufsstandes hinzuweisen sucht. Wenn aber von der Einkommenslage und den wirtschaftl. Verhältnissen der Angehörigen eines freien Berufs die Rede ist, so mag der Hinweis darauf gestattet sein, daß es sich bei ihnen um eine Menschenschicht handelt, die in besonders hohem Maße Träger des kulturellen und Gemeinschaftslebens des deutschen Volkes ist und bei der deshalb die Gefahr einer Untergrabung der wirtschaftl. Grundlagen des Berufs und einer objektiven Proletarisierung nicht nur mit wirtschaftl. Maßstäben gemessen werden darf. Es muß weiter darauf hingewiesen werden, daß in weiten Kreisen des Volkes über die Einkommenslage der Angehörigen freier Berufe Vorstellungen herrschen, die — wenn sie jemals auch nur annähernd zutrafen — den heutigen Verhältnissen bestimmt nicht mehr entsprechen. Und es darf schließlich auch nicht vergessen werden, daß gerade für die freien Berufe das Problem der Hochschul- und Berufsüberfüllung ganz besonders ernst und drohend ist und daß aus diesem Grunde ihre heutige Notlage auch dann nicht verschwinden wird, wenn das allg. Wirtschaftsschicksal Deutschlands wieder günstiger geworden sein wird[1]). Aus allen diesen Gründen erscheint eine Untersuchung der heutigen Einkommenslage der freien Berufe besonders dringlich, die im folgenden für den Rechtsanwaltsberuf durchgeführt werden soll.

Eine solche Untersuchung wird von der Tatsache ausgehen müssen, daß die Eigenart des Rechtsanwaltsberufs — wie das übrigens auch bei den meisten anderen freien Berufen der Fall ist — sehr bedeutende Differenzen in der Einkommenshöhe mit sich bringt Gerade das ist ein Umstand, der zu den Fehlurteilen der öffentl. Meinung sehr viel beiträgt. Der Berufsfremde sieht zunächst in der Regel auf die hohen Spitzeneinkommen und die gelegentlichen hohen Einzelverdienste, von denen er aus der Presse oder aus dem Bekanntenkreise erfährt, und er übersieht, daß es sich dabei eben um Spitzeneinkommen handelt, die von einer ganz geringen Zahl der Berufsangehörigen erreicht werden. Selbstverständlich existieren bei den Rechtsanwälten solche hohen Einkommen auch heute noch, wie sie auch bei den Ärzten oder Zivilingenieuren oder Schriftstellern existieren. Aber ebensowenig wie das Einkommen eines berühmten Chirurgen ein Urteil über die Wirtschaftslage der großen Mehrzahl der Kassenärzte gestattet, kann aus der Tatsache, daß vielleicht auch heute noch eine kleine Zahl von Anwälten hohe Einkommen bezieht, ein Schluß auf eine günstige Wirtschaftslage der großen Mehrzahl der deutschen Anwälte gezogen werden. Reine Durchschnittswerte, die alle Berufsangehörigen umfassen, sind deshalb für die Beurteilung der Wirtschaftslage der Rechtsanwälte wenig brauchbar, wie an folgendem Beispiel nachgewiesen sei: bei den 13879 Rechtsanwälten, die die Umsatzsteuerstatistik für 1927 ausweist, ergab sich ein Durchschnittsumsatz von 24297 RM. Rechnet man jedoch die 1433 Anwälte ab, die einen Umsatz von mehr als 50000 RM jährlich verzeichneten, so sinkt für die übrigbleibenden 12446 Anwälte — also die weitaus größte Mehrzahl — der Durchschnittsumsatz sofort auf 17629 RM. Nimmt man — ganz roh gerechnet — an, daß der Anteil des Reineinkommens am Umsatz 60% beträgt, so ergibt sich im ersten Falle ein Durchschnittseinkommen von 14578, im zweiten Falle ein Durchschnittseinkommen von 10577 RM — gewiß eine beträchtliche Differenz! Die Ausschaltung der hohen Spitzeneinkommen ist deshalb ein unbedingtes Erfordernis, wenn man zu einer klaren Erkenntnis der Einkommenslage bei der weitaus überwiegenden Masse der Berufsangehörigen gelangen will.

Bei der Bewertung der Ergebnisse einer solchen Einkommensanalyse ist ferner stets die Besonderheit der Lebensumstände bei den Angehörigen freier Berufe zu berücksichtigen,

[1]) Dr. Schweer, Halle, berechnet im AnwBl. 1931, 272 die vermutliche Gesamtzahl der deutschen Rechtsanwälte i. J. 1940 auf 23139, gegenüber 13376 i. J. 1925 und 17373 1930!

insbes. die Notwendigkeit, aus den Erträgnissen der Berufsarbeit Rücklagen für das Alter und die Versorgung der Familie zu schaffen, eine Notwendigkeit, die für den Akademiker in pensionsberechtigter Beamtenstellung fortfällt. Was das materiell bedeutet, wird weiter unten noch nachgewiesen werden. Man muß aber bei einem Vergleich mit dem Akademiker in Beamtenstellung weiterhin auch berücksichtigen, daß an sich schon die Tätigkeit in einem freien Beruf infolge der unsicheren wirtschaftl. Grundlage aufreibender ist und größere Anforderungen stellt, was durch ein entsprechend höheres Einkommen ausgeglichen werden müßte. Leider zeigt jedoch eine Analyse der Einkommenslage der Rechtsanwälte, daß die wirkliche Lage heute diesen Forderungen keineswegs entspricht.

Jeder Versuch genaueren Eindringens ist durch die Dürftigkeit der verfügbaren statistischen Unterlagen außerordentlich erschwert. Weder gibt die Reichsstatistik ausreichende Aufschlüsse, noch ist bisher der Versuch möglich gewesen, auf der Grundlage der berufsständischen Organisationen eine Einkommensstatistik der Rechtsanwälte zu schaffen. Immerhin lassen sich die vorhandenen dürftigen Unterlagen soweit durcharbeiten, daß daraus ein einigermaßen klares Bild der Gesamtlage gewonnen werden kann.

Die einzige hierfür in Betracht kommende reichsstatistische Quelle ist die Umsatzsteuerstatistik; in Bd. 361 der „Statistik des Deutschen Reichs" wird über die Umsätze der RA. und Notare i. J. **1927** eine eingehende statistische Darstellung gegeben. Jedoch ist der Erkenntniswert dieser Quelle einmal deshalb beschränkt, weil es sich um Umsätze handelt, aus denen bei dem wechselnden und im Einzelfall sehr verschiedenen Anteil der Werbungskosten die Einkommen nur annäherungsweise berechnet werden können; dann deshalb, weil dieser Statistik das Jahr **1927** zugrunde liegt, das für die RA. ein wirtschaftl. günstiges Jahr war, so daß heute die Einkommenslage der Anwaltschaft bereits ganz wesentlich ungünstiger geworden ist. Wenn sich nun schon aus dieser Statistik für 1927 ergibt, daß bereits damals ein immerhin erheblicher Teil der Anwaltschaft nicht imstande war, aus seiner Tätigkeit ein einigermaßen befriedigendes Existenzminimum zu erzielen, so liegt es auf der Hand, daß heute die Lage wesentlich schlechter, ja zum Teil katastrophal geworden sein muß.

Die zweite verfügbare Quelle sind die Angaben der Anwaltskammern auf Grund der Beitragserhebung, soweit diese gestaffelt erfolgt. Jedoch sind auch diese Angaben nur zum Teil brauchbar, da sie sich meist auf das Gesamteinkommen beziehen, während für eine Beurteilung der berufsständischen Lage der Anwaltschaft nur das Einkommen aus der Praxis in Betracht kommen kann. Außerdem leidet die Vergleichbarkeit wesentlich darunter, daß die Staffelung in den einzelnen Kammerbezirken ganz verschieden vorgenommen wird. Dagegen liegt der Vorteil dieser Ziffern darin, daß sie aus neuerer Zeit stammen und in einem Falle auch einen Vergleich zwischen den Jahren 1929/30 und 1930/31 gestatten, der die weitere Verschlechterung sehr deutlich macht.

Die Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Reichsamts ist insofern besonders aufschlußreich, als die unterste ausgewiesene Gruppe die Umsätze bis zu 5000 *RM* umfaßt. Legt man einen Werbungskostenanteil von 40% zugrunde, so bedeutet das ein Reineinkommen bis zu 3000 *RM* jährlich. Es ist ohne weiteres klar, daß bei den zu dieser untersten Gruppe gehörenden Anwälten das Berufseinkommen völlig unzureichend ist. Aber schon in dem guten Jahre 1927 kamen im Deutschen Reiche 1847 Anwälte, d. h. 13,3% der deutschen Anwaltschaft, nicht über einen Umsatz von 5000 *RM* hinaus! Die nächste Gruppe der Statistik umfaßt leider ohne weitere Aufgliederung die Umsätze von 5000—20000 *RM*. Auch die Umsätze bis zu 10000 *RM* dürften noch nicht die Grundlage zu einer standesgemäßen Lebensführung geben, und es kann nicht fraglich sein, daß bei einem sehr erheblichen Teil der zu dieser Gruppe gehörigen 6052 Anwälte der Umsatz 10000 *RM* nicht überstieg. Das ergibt sich schon daraus, daß der Durchschnittsumsatz dieser Gruppe 12095 *RM* beträgt; man wird daher annehmen können, daß annähernd die Hälfte der zu dieser Gruppe gehörigen Anwälte nicht über einen Umsatz von 10000 *RM* i. J. 1927 hinauskam.

Legt man diesen Anteil als wahrscheinlich ungefähr zutreffend zugrunde, so hätten 1927 rund 3000 Anwälte einen Umsatz von zwischen 5000 und 10000 *RM* gehabt. Das würde bedeuten, daß in diesem günstigen Jahre 1927 von den 13879 von der Umsatzsteuerstatistik erfaßten deutschen Anwälten 4500 bis 5000, d. h. zirka ein Drittel, nicht über einen Umsatz bis zu 10000 *RM* hinauskamen. Nehmen wir, wie oben, den Anteil des Reineinkommens am Umsatz mit 60% an — gerade in diesen unteren Einkommensklassen dürfte er schwerlich höher sein —, dann würde ein Umsatz von 10000 *RM* erst einem Jahreseinkommen von 6000 *RM* entsprechen. Man wird schwerlich bestreiten wollen, daß ein derartiges Jahreseinkommen im Hinblick auf die Vorbildung und die Anforderungen des Rechtsanwaltberufs als sehr bescheiden bezeichnet werden muß.

Das wird noch viel deutlicher, wenn man einen Vergleich mit dem Einkommen der Juristen im Richteramt zieht und dabei, entsprechend den Ausführungen am Anfang dieses Aufsatzes, den Wert der Pensionsberechtigung in Rechnung stellt. Eine diesbezügliche detaillierte zahlenmäßige Untersuchung gibt der Aufsatz von Dr. Schweer, Halle, „Anwaltliche Pensionsversicherung und Richterpension": BerlAnwBl. 1931 Heft 10. Der Verf. geht dabei von dem Gehalt eines LGR. der Gehaltsklasse IIb aus, der mit 30 Jahren fest angestellt wurde; dieser bezieht (in Berlin) ein pensionsfähiges Gehalt von 5360 *RM*, das nach 20 Jahren auf das Höchstgehalt von 9720 *RM* gestiegen ist. Das Durchschnittseinkommen wird für den genannten Fall mit 8526 *RM* berechnet. Der Verf. errechnet nun die Versicherungsbeiträge, die der Anwalt aufwenden müßte, um für sich und seine Familie die gleichen Versicherungsansprüche zu sichern, die der Pension bzw. Hinterbliebenenversorgung des genannten LGR. entsprechen, wenn der Anwalt mit 30 Jahren eine entsprechende Versicherung bei der Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für RA. und Notare abschließt. Es ergibt sich daraus (unter der Voraussetzung eines Zinsfußes von 5½—6%) ein Jahresbeitrag von durchschnittlich 1411 *RM* (= 16% des durchschnittlichen Einkommens des in Parallele gestellten Beamten), der bei sinkendem Zinsfuß entsprechend steigen würde. Will man also das Einkommen des Beamten in dem zugrunde gelegten Falle mit dem Einkommen eines Anwalts vergleichen, so müßten diese Versicherungsprämien mit eingerechnet werden, so daß sich aus Gehalt und Prämie ein gesamtes Durchschnittseinkommen von 9937 *RM* ergeben würde, was vermutlich einem anwaltlichen Jahresumsatz von etwa 16000 *RM* entspricht. Die obigen statistischen Angaben ergeben unwiderleglich, daß schon in dem günstigen Jahre 1927 ein sehr erheblicher Teil der deutschen Anwälte, den man wohl mit 40—45% der Gesamtzahl veranschlagen kann, kein Einkommen erreichte, das dem eines LGR. (unter Einrechnung des Wertes der Pensionsansprüche) entsprochen hätte. Diesen Anwälten ist es also jedenfalls nicht möglich, für sich und ihre Familie aus den Erträgnissen ihres Berufs eine gleichartige Sicherung zu schaffen, wie sie Beamte mit gleicher Vorbildung durch die Pensionsberechtigung genießen. —

Daß diese Ergebnisse einer natürlich z. T. auf Schätzungen angewiesenen Auswertung der Umsatzsteuerstatistik der Wirklichkeit einigermaßen entsprechen, wird auch durch die Ergebnisse der Anwaltskammerstatistik für das Jahr 1929/30 bestätigt. Danach hatten nämlich Einkommen:

Als Gesamteinkommen:

nicht über 5000 RM		nicht über 6000 RM		nicht über 10000 RM		nicht über 12000 RM	
Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.
Stuttgart	22	Stettin	13	Stettin	29	Königsberg	45
Hamburg	28	Königsberg	20	Kiel	37	Marienwerder	50
		Breslau	23	Breslau	44	Rostock	61
		Kiel	24	Kassel	46	Karlsruhe	65
		Kassel	27	Rostock	46		
		Darmstadt	29	Hamburg	49		
		Karlsruhe	35	Stuttgart	52		
				Darmstadt	54		

Als Berufseinkommen:

nicht über 5000 RM		nicht über 6000 RM		nicht über 10000 RM		nicht über 12000 RM	
Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.	Kammerbezirk	% der Mitgl.
Celle	21	Frankfurt a. M.		Bamberg	73	Frankfurt a. M.	
		Jahr:				Jahr:	
		1929/30	30			1929/30	57
		1930/31	40			1930/31	65
		Nürnberg	46			Nürnberg	74
						Köln	77

Besonders bemerkenswert ist, daß im Kammerbezirk Nürnberg 22% der Mitglieder ein Berufseinkommen hatten, das 3000 RM nicht überstieg, und daß das Gesamteinkommen in den Kammerbezirken Darmstadt und Karlsruhe bei je 15% der Mitglieder ebenfalls unter 3000 RM blieb.

Leider wird die Brauchbarkeit dieser Angaben durch die Verschiedenheit der Berechnung nach Gesamt- oder Berufseinkommen stark beeinträchtigt; auch sind die lokalen Unterschiede sehr groß, was sich auch aus der Umsatzsteuerstatistik ergibt. Man wird aber doch annehmen können, daß i. J. 1929/30 mindestens 30% der deutschen Anwälte nicht über ein Berufseinkommen von 6000 RM, etwa 50% nicht über 10000 RM und etwa 60—70% nicht über 12000 RM hinauskamen. Das deckt sich einigermaßen mit den Ergebnissen, die wir aus der Umsatzsteuerstatistik für 1927 gewannen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß in den Einnahmen der Anwälte i. J. 1929/30 immer noch die günstigere Konjunktur der vergangenen Jahre nachwirkte. Trotzdem aber macht sich die Verschlechterung der Wirtschaftslage zwischen 1927 und 1929/30 deutlich bemerkbar; denn 1927 hatten doch noch 42% der Anwälte einen Umsatz von mehr als 20000 RM, was einem Reineinkommen von mehr als 12000 RM entsprechen dürfte, während die verwertbaren Ziffern der Anwaltskammerstatistik deutlich zeigen, daß 1929/30 dieser Prozentsatz weit unterschritten war. Die im folgenden wiedergegebenen Zahlenangaben des Kammerbezirks Frankfurt a. M., der noch 1929/30 verhältnismäßig günstige Durchschnittsverhältnisse aufwies, lassen darüber hinaus auch den weiteren scharfen Abstieg erkennen:

Kammerbezirk Frankfurt a. M. (Berufseinkommen)	% der Mitglieder 1929/30	% der Mitglieder 1930/31
bis 6000 RM	30	40
über 6000 „ bis 12000 RM	27	25
„ 12000 „ „ 20000 „	22	18
„ 20000 „	21	18

Durch eine weitere Auswertung der Ergebnisse der Umsatzsteuerstatistik ergibt sich auch die Möglichkeit, die lokalen Unterschiede in den Einkommensverhältnissen der Anwälte zu erfassen. Die folgende Tabelle gibt einen Vergleich, wie groß in den einzelnen Landesteilen auf der einen Seite der Prozentsatz der Anwälte mit einem Umsatz bis zu 5000 RM, auf der anderen Seite die Zahl der Veranlagten auf 10000 Einwohner ist, wobei innerhalb der preuß. Provinzen und innerhalb der übrigen Länder die einzelnen Gebiete nach der jeweiligen Stärke der Besetzung des Anwaltsberufs gegliedert sind:

Landesteil	Prozentsatz der Anwälte und Notare mit Umsatz bis 5000 RM	Veranlagte Anwälte und Notare auf 10000 Einwohner
Deutsches Reich	13,3	2,2
Preußen	10,8	2,3
Schleswig-Holstein	9,3	2,4
Hessen-Nassau	10,6	2,4
Rheinprovinz (ohne Saargebiet)	12,2	2,1
Niederschlesien	11,2	2,0
Hannover	10,7	1,8
Ostpreußen	6,5	1,8
Pommern	9,4	1,6
Provinz Sachsen	7,1	1,5
Brandenburg	7,8	1,4
Westfalen	11,1	1,4
Grenzmark Posen—Westpreußen	2,4	1,2
Oberschlesien	7,2	1,2
Lübeck	15,2	4,6
Bremen	16,2	4,4
Hamburg	8,5	4,1
Freistaat Sachsen	12,5	2,5
Braunschweig	9,7	2,5
Mecklenburg-Schwerin	23,5	2,3
Mecklenburg-Strelitz	25,0	2,2
Württemberg	31,9	2,1
Baden	14,0	2,0
Bayern	22,5	1,9
Hessen	14,9	1,7
Thüringen	12,8	1,5
Anhalt	2,1	1,3
Schaumburg-Lippe	50,0	1,2
Waldeck	0,0	1,1
Lippe	5,5	1,1
Oldenburg	2,1	0,8

Diese Tabelle zeigt deutlich, daß zwar die Besetzung des Anwaltsberufes im Verhältnis zur Bevölkerungszahl des einzelnen Gebietes als Ursache der anwaltschaftlichen Notlage eine Rolle spielt, daß sie aber nicht die einzige Ursache bildet; denn eine direkte Parallelität zwischen der Zahl der schlechtverdienenden Anwälte und der Gesamtzahl der Anwälte im Verhältnis zur Bevölkerungszahl besteht nicht. Es ist jedoch interessant, den Vergleich auch für die deutschen Großstädte durchzuführen, wie das in der folgenden Tabelle in entsprechender Anordnung der Städte geschieht:

Großstadt	Prozentsatz der Anwälte u. Notare mit Umsatz bis 5000 RM	Veranlagte Anwälte u. Notare auf 10000 der Bevölkerung	Großstadt	Prozentsatz der Anwälte u. Notare mit Umsatz bis 5000 RM	Veranlagte Anwälte u. Notare auf 10000 der Bevölkerung
München	26,3	7,0	Mainz	7,6	3,6
Stuttgart	15,7	6,7	Nürnberg	19,7	3,5
Karlsruhe	8,2	6,7	Mannheim	14,8	3,3
Berlin	12,3	6,3	Erfurt	9,3	3,2
Frankfurt a. M.	7,3	6,1	Plauen	0,0	3,1
Münster i. W.	18,7	6,0	Altona	9,0	2,9
Leipzig	12,6	5,7	Chemnitz	10,3	2,9
Köln	9,1	5,7	Augsburg	2,1	2,8
Dresden	12,4	5,3	Dortmund	4,6	2,7
Braunschweig	3,9	5,2	Krefeld	3,0	2,5
Düsseldorf	8,2	5,1	Essen	12,9	2,5
Lübeck	15,2	4,9	Bochum	11,3	2,5
Wiesbaden	12,5	4,8	Magdeburg	1,3	2,4
Königsberg i. Pr.	2,8	4,8	M.-Gladbach	10,7	2,4
Breslau	13,3	4,8	Duisburg	7,8	2,3
Bremen	14,7	4,6	Barmen	9,4	1,7
Kassel	10,6	4,4	Harburg-Wilhelmsburg	17,6	1,6
Elberfeld	8,2	4,4	Ludwigshafen (Rh.)	6,0	1,5
Hamburg	8,7	4,3	Mülheim (Rh.)	28,5	1,1
Hannover	10,9	4,3	Hindenburg (O.-S.)	0,0	1,1
Stettin	8,7	4,0	Oberhausen	10,0	0,9
Aachen	11,6	3,9	Hamborn	0,0	0,8
Halle a. S.	7,8	3,9	Gelsenkirchen	0,0	0,7
Kiel	6,0	3,9			

Auch in dieser Aufstellung der Großstädte zeigt sich keine direkte Parallelität; wohl aber wird deutlich, daß **unter sonst gleichen Umständen** die stärkere oder schwächere Besetzung des Anwaltsberufs von starkem Einfluß auf die Wirtschaftslage der Anwaltschaft ist. Deutlich hebt sich dabei eine Gruppe von Industriestädten mit starkem Anteil proletarischer Bevölkerung heraus, bei denen trotz schwacher Besetzung des Anwaltsberufs die wirtschaftl. Lage der Anwaltschaft sehr ungünstig ist; dazu gehören in Westdeutschland Mülheim a. Rh., Essen, Bochum, M.-Gladbach, Oberhausen, Barmen und Duisburg, in Norddeutschland Harburg-Wilhelmsburg und Altona, in Mitteldeutschland Chemnitz. Die soziologische Struktur solcher Städte bietet eben dem Anwaltsberuf wenig günstige Voraussetzungen.

Aus den bisherigen Ausführungen dürfte deutlich geworden sein, daß **unter den Einwirkungen der allgemeinen Krise der deutschen Wirtschaft die materielle Lage der deutschen Anwaltschaft sich in den letzten drei Jahren stark verschlechtert hat, daß aber schon in dem günstigen Jahre 1927 ein erheblicher Teil der deutschen Anwälte nicht das Existenzminimum zu erreichen vermochte, das auf Grund der Vorbildung und der Anforderungen des Berufs sowie im Hinblick auf die notwendige Sicherung für das Alter erforderlich erscheint.** Dieser schon 1927 vorhandene Notstand zeigt, daß die heutigen wirtschaftl. Schwierigkeiten der deutschen Anwaltschaft nicht nur konjunkturell, sondern in erheblichem Maße auch strukturell bedingt sind und deshalb ein um so ernsteres Problem der Berufsstandspolitik bilden müssen.

Unsere mit den Anschauungen breiter Kreise über den relativ günstigen wirtschaftl. Status des Anwaltsstandes nicht übereinstimmenden statistischen Ergebnisse werden durch die Erfahrungen des täglichen Lebens, insbes. auch durch die Erfahrungen der im Anwaltsstand bestehenden korporativen Hilfsorganisationen, bei denen die Aufwendungen für Hilfeleistung an in Not geratene Standesgenossen in den letzten Jahren dauernd gewachsen sind, vollauf bestätigt. So hat die Hülfskasse für deutsche RA. folgende Unterstützungen gewährt:

im Jahre	1926/27	646 498,75 RM
„ „	1927/28	736 145,— „
„ „	1928/29	865 690,50 „
„ „	1929/30	917 620,65 „
„ „	1930/31	956 771,50 „

Der Unterstützungsfonds der Berliner Anwaltschaft berichtet, daß die Gesamtsumme seiner Ausgaben in den letzten Jahren sich folgendermaßen gestaltet hat:

1927	64 108 RM
1928	42 263 „
1929	91 615 „
1930	102 572 „
1931 (Schätzung für das Gesamtjahr mindestens)	113 000 „

Abgesehen von der nur in Berlin feststellbaren vorübergehenden Senkung i. J. 1928 infolge der günstigeren Konjunktur d. J. 1927/28 sind also die Anforderungen an die berufsständische Hilfsbereitschaft ständig stark gestiegen. I. J. 1931 wurden vom Berliner Unterstützungsfonds bis zum Oktober etwa 450 Unterstützungsfälle bearbeitet, was gegenüber den Vorjahren eine erhebliche Steigerung bedeutete. Während früher in der Hauptsache Hinterbliebene oder solche Anwälte unterstützt wurden, die infolge von Krankheit oder hohem Alter in Not geraten waren, geht nach dem Bericht des Unterstützungsfonds die Tendenz heute dahin, daß auch erwerbstätige Anwälte in zunehmendem Maße infolge des wirtschaftl. Niedergangs ihrer Praxis die Mittel des Fonds beanspruchen. Zur Bewertung der Zahlen ist darauf hinzuweisen, daß von dem Berliner Unterstützungsfonds die Unterstützung ganz junger Anwälte grundsätzlich abgelehnt wird.

Ganz besonders kennzeichnend für die Notlage innerhalb der Anwaltschaft ist aber auch die Tatsache, daß heute bereits in verschiedenen Großstädten Anwälte der Unterstützung durch die öffentliche Wohlfahrtspflege anheimgefallen sind! —

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist also das folgende: blieb schon im günstigen Jahre 1927 bei mehr als einem Zehntel aller deutschen Anwälte das Einkommen hinter einem auch nur bescheidensten Existenzminimum und bei schätzungsweise einem Drittel hinter dem vergleichbaren Einkommen festangestellter Juristen im Richterstand zurück, so ist durch den allg. Niedergang des Wirtschaftslebens, durch wachsende Berufsüberfüllung und durch eine die Anwälte benachteiligende Gesetzgebung seither eine weitere starke Verschlechterung der Lage eingetreten, die einen erheblichen Teil der Angehörigen des Anwaltsstandes mit unmittelbarer Existenzgefährdung und Proletarisierung bedroht. Leider muß auch damit gerechnet werden, daß selbst bei einer Besserung der allg. wirtschaftl. Lage Deutschlands die strukturell bedingten Teile dieses Notstandes nicht verschwinden werden. Das sind Verhältnisse, die von der Berufsstandspolitik der deutschen Anwaltschaft nicht passiv hingenommen werden können. Insbesondere aber scheint es dringend erforderlich, in die Öffentlichkeit Aufklärung über die wirkliche wirtschaftl. Lage der Anwälte zu tragen; denn die in dieser Hinsicht bestehenden und weitverbreiteten Fehlurteile und unrichtigen Anschauungen bedeuten eine direkte Gefährdung der standespolitischen Interessen der deutschen Anwaltschaft.

Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung.

A. Gesamtdarstellungen.

I. Vgl. Joel: JW. 1931, 2433.
II. Vgl. Heilberg: JW. 1931, 2434.
III. Vgl. Preiser: JW. 1931, 2436.
IV. Vgl. Wolff: JW. 1931, 2439.
V. Vgl. Günther: JW. 1931, 2442.
VI. Vgl. J. Goldschmidt: JW. 1931, 2444.
VII. Vgl. Baumbach: DJZ. 1931, Sp. 1226.
VIII. Vgl. Königsberger: DRZ. 1931, 378.
IX. Vgl. Kisch: Judicium 1931, 235.

B. Einzeldarstellungen.

a) Das amtsgerichtliche Verfahren.

I. Vgl. Simonson: JW. 1931, 2537.

Amtsgerichtsanwaltschaft.

Von Rechtsanwalt Robert Held, Starnberg.

Der Entwurf bringt — außer im Vollstreckungsverfahren — keine grundsätzlichen und wenige wesentliche Neuerungen; die großen Probleme einer Justizreform — z. B. Gerichtsverfassung, Gliederung der Gerichte und der Instanzen, Einordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Einheitlichkeit der ersten Instanz, Stellung des Richters und vieles andere — sind nicht gelöst und nicht zu lösen versucht worden. Es ist schwierig, aus dem Vergleichen jedes einzelnen der 1023 Paragraphen des Entwurfs mit jeder einzelnen Bestimmung der geltenden ZPO. und aus einer Durchsicht der 221 Seiten Erläuterungen zum Entwurf zu einem Überblick und einer kritischen Stellungnahme vom Standpunkt des Amtsgerichtsanwalts aus zu kommen. Es kann sich daher im folgenden nur um Vorläufiges und Teilweises handeln.

1. Das eigentliche amtsgerichtsanwaltschaftliche Interesse berührt der Entwurf besonders in einem Punkt: Nach § 255 Abs. 1 sind nunmehr „mit Ausnahme der Rechtsanwälte Personen, die das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, als Bevollmächtigte und Beistände in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen"; bisher war die Zurückweisung nach § 157 ZPO. in das Ermessen des Gerichts gestellt. Ausgenommen sind, wie bisher, nur Personen, „denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch eine seitens der Justizverwaltung getroffene Anordnung gestattet ist". In der Winkeladvokatenfrage wäre damit, nicht nur vom Standpunkt der Anwaltschaft aus, sondern auch und noch viel mehr für das Rechtsleben und die Gesamtheit der Rechtsuchenden ein Fortschritt erzielt, wenn es auch bedauerlich ist, daß die Verfasser des Entwurfs sich nicht entschließen konnten, den oft vorgeschlagenen Weg des anwaltschaftlichen Vertretungsmonopols und — der Entwurf betont doch so oft die Hoffnung auf Rechtsangleichung an Österreich! — des Verbots der Winkelschreiberei zu gehen, gerade wenn sie selbst (S. 318) feststellen: „Wie auch die Spitzenorganisation der Rechtskonsulenteninnungen, der Reichsbund deutscher Rechtsbeistandsverbände, anerkannt hat, befinden sich unter den Rechtskonsulenten so zahlreiche unzuverlässige Elemente, daß ihre freie Zulassung zum Auftreten vor den Gerichten eine schwere Schädigung der Rechtspflege bedeuten würde!" Eine erhebliche Einschränkung des Grundgedankens des § 255 Entw. und eine Verschlechterung gegenüber dem geltenden Recht bringt aber Abs. 3 Satz 2. Bisher sollte die Justizverwaltung „für Gerichte, bei denen zur Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ausreichend Gelegenheit geboten ist, eine solche Anordnung nicht treffen". Diese Vorschrift war zwar nur eine „Soll"-Vorschrift, aber eindeutig bestimmt. Nunmehr soll die Justizverwaltung „bei ihrer Entschließung sowohl auf die Eignung der Personen als auch darauf Rücksicht nehmen, ob im Hinblick auf die Zahl der bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte ein Bedürfnis zur Zulassung besteht". „Soll ... Rücksicht nehmen" ist viel weniger als „soll ... nicht treffen"; ausreichende Gelegenheit zur Vertretung durch Rechtsanwälte zieht den Kreis viel enger als „Bestehen eines Bedürfnisses im Hinblick auf die Zahl der bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte", schließt auch die Berücksichtigung der bei einem Nachbargericht zugelassenen Rechtsanwälte aus. Besondere Bedenken erweckt die „Eignung der Personen". Es ist eine selbstverständliche Voraussetzung der zustimmenden Entschließung der Justizverwaltung, daß die „Person geeignet ist"; ist diese Voraussetzung aber in das Gesetz aufgenommen und erfolgt nunmehr, wie beim Anwalt (!) eine Zulassung des Rechtskonsulenten, Geschäftsagenten, Winkeladvokaten, so wird hier ein konzessionierter Stand von Rechtsvertretern, Anwälten minderen Grades, minderer Bildung und minderen Rechts, aber immerhin von „geeigneten", auf ihre Eignung geprüften, durch das Justizministerium konzessionierten, bei Gericht „zugelassenen" Rechtsvertretern geschaffen, der sich nicht zum Segen der Rechtspflege und des Rechtsvolkes auswirken kann und die Anwaltschaft, deren trostlose Lage heute immer noch ebensowenig in das allgemeine Bewußtsein übergegangen ist wie die Notwendigkeit eines gehobenen, gesunden Anwaltstandes, aufs schwerste schädigen muß. Es ist bedauerlich, daß der Entwurf, der die Levinschen Vorschläge selbst anführt, sich nicht dazu entschließen konnte, reinen Tisch zu machen, und die Vorschrift in § 255 Abs. 1 mit Abs. 3 durchlöcherte. Der berechtigte Anspruch des voll vorgebildeten, akademischen Juristen, daß der Un- und Halbgelernte nicht schädlich in sein Fachgebiet eindringe, ist leider auch an zahlreichen anderen Stellen des Entwurfs, der dem Rechtspfleger viele neue und erhebliche Aufgaben zuweist — glücklicherweise nicht alle, die deren Organisationen bisher für sich reklamierten! —, nicht genügend beachtet.

2. Nicht den Amtsgerichtsanwalt als solchen — ob es in wenigen Jahren noch einen Nur-AG.-Anwalt, der nicht simultan zugelassen ist, geben wird, ist mindestens fraglich —, wohl aber den Amtsgerichtsanwalt, dessen Praxis sich größtenteils am Amtsgericht und im Amtsgerichtsprozeß abwickelt, berührt die Neuregelung des Güteverfahrens. Das „Zwangs-Güteverfahren" fällt. Es hat aber in der Praxis nie so bestanden, wie es die Verfasser der Nov. 1924 sich vorgestellt haben. Diese hatte an dem früheren Zustand nichts geändert; auch früher schon hatte der Richter und der Anwalt in jeder geeigneten Sache im ersten Termin den Vergleich versucht und oft erreicht; die zwangsweise Bezeichnung des ersten Termins als „Gütetermin" trug später dazu nicht bei. Aber auch früher schon hatte man von Vergleichsversuchen in nicht dazu geeigneten Sachen abgesehen, den Vergleich oft erst nach Beweisaufnahme, dann aber mit Erfolg versucht, genau so, wie man es jetzt unter der Nov. 1924 tut; der Satz der Partei oder des Anwalts „ich lehne gütliche Einigung ab" und der stereotype Beschluß, nach diesem „Scheitern" der Vergleichsverhandlungen, daß ins Streitverfahren übergegangen werde, bewirkt jetzt nur umständlicher das gleiche. Das schadet in der Hand des praktischen Richters nicht viel: die Verzögerung ist meistens nicht nennenswert, der Vorteil

der Partei durch Ersparung der anwaltschaftlichen Verhandlungsgebühr (und der Beweisgebühr in den seltenen Fällen der Beweisaufnahme im Güteverfahren) für die Anwaltschaft erträglich, unangenehm nur und oft unwürdig, wenn der Richter im Gerichtssaal den Erlaß des Versäumnis- oder des Anerkenntnisurteils von der sofortigen Zahlung von Kosten abhängig machen muß; die Kostenerstattungsfrage bei Zurücknahme des Güteantrags hat der überwiegende Teil der Rechtsprechung nunmehr praktisch geregelt. (Die Verfasser des Entwurfs meinen übrigens, daß „nach richtiger Ansicht die für die Klagezurücknahme in § 271 Abs. 3 vorgeschriebene Kostenerstattungspflicht nicht bestehe"! S. 315 Entw., vgl. auch S. 203[1]).) Das „Güteverfahren" im Zivilprozeß hat sich danach mindestens als durchaus überflüssig erwiesen; eine Vorschrift, „der Richter hat in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung der Parteien hinzuwirken", würde in prozeßhygienischer Prophylaxe den gleichen Erfolg bringen. Die Verfasser — man merkt der Begründung an, daß sie hier nicht sehr von Herzen kommt! — glauben aber doch einen Gütetermin nicht entbehren zu können. Das selbständige Güteverfahren wird aufgegeben, jedoch: „Die mündliche Verhandlung beginnt mit einer Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung). In der Ladung zum Termin soll dieser ausdrücklich als Termin zur Güteverhandlung bezeichnet werden.... In der Güteverhandlung erörtert das Gericht das gesamte Streitverhältnis in freier Würdigung aller Umstände mit den Parteien und sucht einen gütlichen Ausgleich herbeizuführen. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann ein Augenschein eingenommen werden; andere Aufklärungsmaßnahmen können insoweit getroffen werden, als sie sofort ausgeführt werden können" (§§ 231, 232 Entw.). Mißlingt der Versuch der Einigung und beantragt es eine Partei, die sich auf die „Erörterung" eingelassen hat, oder bleibt eine Partei im Gütetermin aus, so ist in die streitige Verhandlung einzutreten. Der Unterschied gegenüber dem bisherigen Verfahren besteht, wie ersichtlich, im Namen: Güteverhandlung statt Güteverfahren; die Überflüssigkeit ist die gleiche geblieben. Die jetzt schon häufige Irreführung der Partei durch die Ladung zur Güteverhandlung — sie glauben, es handle sich nur um den Gütetermin, unterlassen die Zuziehung des Anwalts und die sachgemäße Vorbereitung und sind erstaunt, nach dem Termin im unmittelbar anschließenden Streitverfahren ein Urteil bekommen zu haben! — wird noch verstärkt, weil der in § 498 Abs. 1 Satz 2 ZPO. vorgeschriebene Hinweis auf die Versäumnisfolgen, der mit der Ladung zuzustellen ist, nach dem Entwurf wegbleibt. Der Hinweis des Entwurfs (S. 316) auf das arbeitsgerichtliche Verfahren, in dem sich das zu einem im Prozeß selbst eintretenden Vortermin „gestaltete Güteverfahren praktisch in hohem Maße vergleichsfördernd erwiesen" habe, geht fehl; der arbeitsgerichtliche Vortermin findet vor dem Einzelrichter statt; das Nichtzustandekommen einer gütlichen Einigung bedeutet Verzögerung, oft nicht zuletzt Grund für die Parteien, einen Vergleich oder „Zwangsvergleich" abzuschließen. Die Beibehaltung des Gütetermins ist aber auch nicht zu begrüßen, weil der Vergleich sehr häufig nicht der Entscheidung vorzuziehen ist. Fast jeder Vergleich hinterläßt im Bewußtsein oder Unterbewußtsein eines oder beider Beteiligten das Gefühl unbefriedigten Rechts, ist eine Kränkung des Rechtsempfindens. Der „Kampf ums Recht", fast auch Michael Kohlhaas, sind ethisch erfreuliche Erscheinungen des gesunden Rechts- und Volkslebens. Es kommt den Parteien oft nicht darauf an, und es sollte ihnen nicht darauf ankommen, einen Teilbetrag mehr oder weniger, einen Anspruch halb zu bekommen; sie wollen Recht finden, weil sie überzeugt sind, recht zu haben. In Zeiten niedergehenden Rechtsgefühls und verwirrter Rechtsbegriffe sollte der Entwurf eher bestrebt sein, das Rechtsgewissen zu schärfen, als das im Güteverfahren niedergelegte Prinzip des Feilschens ums Recht zu verewigen.

3. Ähnliche Gesichtspunkte gelten für die Regelung des Bagatellprozesses im Entwurf[2]). § 459 Entw. erhöht die Grenze für das nach freiem Ermessen des Richters bestimmte Schiedsverfahren und das nicht berufungsfähige Schiedsurteil auf 100 *RM*. Die Meinung des Entwurfs, „daß sich das obligatorische Schiedsurteilsverfahren vor den Amtsgerichten im allgemeinen bewährt habe; wenn auch in Einzelfällen Fehlgriffe nicht ausgeschlossen seien, so fiele doch zugunsten des Schiedsurteilsverfahrens ins Gewicht, daß es den Amtsgerichten zahlreiche Möglichkeiten für eine besonders schleunige und zweckmäßige Erledigung der kleinen Streitigkeiten des täglichen Lebens biete", kann nur darauf zurückzuführen sein, daß Schiedsurteile ihrem Wesen nach nicht zur Kenntnis der höheren Instanzen gelangen und nur in ganz vereinzelten Fällen den obersten Justizverwaltungsbehörden bekannt wurden. Die Fehlurteile im Schiedsverfahren sind zahllos und selbstverständlich nicht wieder gutzumachen; die Einstellung der Gerichte zu den „Bagatell"-Sachen hat vielfach zu einer mangelhaften Aufklärung des Sachverhalts und zu einer flüchtigeren Bearbeitung der Rechtsfragen verleitet; nicht selten hat auch die Bezeichnung als „Schieds"-Urteil den Richter dazu verführt, das Ermessen nicht nur auf das Verfahren, sondern auch auf die Entscheidung selbst auszudehnen und Gefühlsurteile zu fällen. Die Beschleunigung des Verfahrens in einzelnen Fällen und bei einzelnen Gerichten (Erfurt!) (vgl. JW. 1930, 3291; 1931, 2010; 1931, 2452) tritt in den Hintergrund gegenüber der außerordentlich häufigen Verzögerung durch die Einführung eines rein schriftlichen Verfahrens mit endlosem Schriftsatzwechsel oft schreibungewandter Parteien, mit Zeit- und Arbeitsaufwand, der sich durch eine einzige mündliche Verhandlung mit weit besserer Tatbestandsfeststellung ersparen ließe. Dieses nach der Auffassung wohl jedes amtsgerichtlichen Praktikers, mindestens aber der den Parteien näher stehenden Amtsgerichtsanwaltschaft, längst als völlig verfehlt und delendum erkannte Bagatellverfahren soll nunmehr auf Streitwerte bis zu 100 *RM* ausgedehnt werden! Als ob heute 100 *RM* eine Bagatelle wäre, als ob von einem richtigen Urteil über 100 *RM* nicht Existenz und Vernichtung der meisten Familien in Deutschland abhinge, als ob nicht ein falsch entschiedener Wegestreit oder Räumungsprozeß schlimmstes Unheil bringen könnte! Konnte man bisher in nicht auf eine Geldleistung gerichteten vermögensrechtlichen Ansprüchen den Streitwert auf unter 51 *RM* nur wirklich bei ganz kleinen Objekten festsetzen, so sind die Möglichkeiten, den Streitwert auf 100 *RM* oder 150 *RM* oder 200 *RM* festzusetzen, häufig so groß und die Grenzen so labil, daß auch wirtschaftlich bedeutende Fälle in das Schiedsverfahren gebracht werden können und je nach der Einstellung des Richters auch gebracht werden. Ermessensverfahren und nicht berufungsfähiges Urteil werden einen unverhältnismäßig großen Raum in der Rechtsprechung einnehmen und mit der Verschlechterung der Rechtsprechung einen unerträglichen Vertrauensverbrauch bringen. Es gibt keine Bagatellsachen! 100 *RM* sind diesem Kläger mehr als jenem 10 000 *RM*. Es darf keine Bagatellsachen geben, wenn nicht das Rechtsbewußtsein des Volkes Schaden leiden soll! Recht muß Recht bleiben, ohne Rücksicht auf die Summe! — Der Schiffersche Vorschlag der Unklagbarkeit, der am Ende einfach die Nichtzahlung aller Beträge unter 10 *RM* und aller Restforderungen darunter bedeutet hätte, ist glücklicherweise, fast möchte man sagen, selbstverständlich unbeachtet geblieben.

4. Die Kostenerstattungsfragen sind für den durch den Anwaltszwang nicht geschützten Amtsgerichtsanwalt von besonderer Bedeutung. Der Entwurf hat mit Recht und mit guten Gründen abgelehnt, an dem, auch von einzelnen Anwälten (Fürst!) bekämpften, Grundsatz der vollen Kostenerstattung zu rütteln. „Er ist im deutschen Volk und auch im Bewußtsein der an der Rechtspflege beteiligten Personen so fest eingewurzelt, daß seine Aufgabe schweren Bedenken unterliegt" (S. 293). Die Ausnahmen von der Kostenerstattungspflicht sind nach drei Richtungen erweitert: Nach § 95 Entw. kann das Gericht der obsiegenden Partei einen Teil der Kosten

---

[1]) Vgl. JW. 1931, 1142; 1930, 3497, 3569, 3653 und Held: JW. 1930, 2087.

[2]) Dieser Aufsatz war im Druck, ehe die NotVO. v. 6. Okt. 1931 die Erhöhung der amtsgerichtl. Zuständigkeit auf 100 *M* brachte. Die hier gegen die Regelung des Entw. vorgetragenen schweren Bedenken gelten jetzt auch dem bestehenden Rechtszustand; die Erfahrungen der wenigen Wochen seit dem Inkrafttreten der NotVO. haben bereits jedem Gerichtspraktiker in erschreckendem Maße gezeigt, wie begründet sie sind. (Vgl. auch Held, „Notverordnung — Rechtspflege — Anwaltschaft": JW. 1931, 3053.)

auferlegen, wenn die Belastung der unterliegenden Partei mit sämtlichen Kosten deshalb unbillig erscheint, weil die entscheidende Rechtsfrage zweifelhaft war. Der Gedanke ist billigenswert. Es kommt nicht selten vor, daß das RG. duae conformes aufhebt, von bisher konstanter Rechtsprechung abgeht und die schließlich unterliegende Partei mit den übermäßig hohen Kosten von drei oder bei Rückverweisung vier Instanzen belastet wird; auch wenn „ein Prozeß lediglich der Austragung einer zweifelhaften Rechtsfrage dient, beide Parteien gute Gründe hatten, um von der Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung überzeugt zu sein" (darauf stellt die Begründung ab, ohne aber diese Voraussetzung und Einschränkung in dem Gesetzestext des Entwurfs zum Ausdruck zu bringen!), so „kann es unbillig erscheinen, daß die unterliegende Partei die gesamten Kosten des Rechtsstreits allein zu tragen hat". Auf diese und ähnliche Fälle eingeengt; insbesondere auf andere Beurteilung zweifelhafter Rechtsfragen durch die Berufungs- und Revisionsinstanz und als Ausnahme, kann dem Gedanken beigetreten werden. In der Ausdehnung, die ihm der Text — nicht die Begründung — des Entwurfs gegeben hat, muß er aber abgelehnt werden. Es entstünde eine völlige Durchlöcherung des Grundsatzes der Kostenerstattung und eine außerordentliche Unsicherheit für jeden Kläger, wenn es ohne weiteres vom Richter abhängen würde, in jedem Falle, in welchem er die zu entscheidende Rechtsfrage „für zweifelhaft" annimmt, eine Kostenverteilung zuzulassen. Das gilt insbesondere für den amtsgerichtlichen Prozeß. Die Prognose auch des tüchtigsten und gewissenhaftesten Anwalts, der nach Prüfung der Rechtslage seiner Partei erklären konnte, daß sie im Recht sei und bei Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung keine Kosten riskiere, mit der auch bisher gebotenen Einschränkung auf die menschliche Unzulänglichkeit eigenen und richterlichen Wissens, wird nicht mehr gegeben werden können, die Parteien werden noch öfters gerade beim Amtsgericht und — gerade dann zu ihrem Schaden — in nicht unbedingt glatten Rechtsfragen zur Selbstvertretung übergehen.

Eine Kostenverteilung soll ferner zulässig sein (§ 95 Entw.), „wenn die Belastung der unterliegenden Partei mit sämtlichen Kosten deshalb unbillig erscheint, weil die obsiegende Partei es unterlassen hat, über das den Gegenstand des Streits bildende Rechtsgeschäft eine Urkunde aufzunehmen, obwohl ihr das nach Lage der Umstände zuzumuten war oder eine unvollständige oder unklare Beurkundung veranlaßt hatte". Auch hier geht der Gesetzestext des Entwurfs erheblich weiter als die Begründung (S. 294), die von der „Unterlassung des Gebrauchmachens von einer naheliegenden Möglichkeit einer Beurkundung", nicht von der „Zumutbarkeit" und von „Verschuldung", nicht nur „Veranlassung" der mangelhaften Beurkundung spricht. Die Regelung soll einer an sich zu unterstützenden „möglichst weitgehenden Ersetzung des Zeugenbeweises durch den Urkundenbeweis" im Sinne der Schifferschen Ideen (vgl. auch die Verhandlungen des Lübecker Juristentags 1931!) dienen. Aber auch hier wird in den amtsgerichtl. Prozeß um die Rechtsangelegenheiten des täglichen Lebens ein starker Unsicherheitsfaktor hineingebracht. Wann ist es einer Partei „nach Lage der Umstände" zuzumuten, eine Urkunde aufzunehmen? Die Notwendigkeit dazu wird sich häufig erst retrospektiv, wenn die Sache strittig geworden ist, ergeben! Soll jeder Mietvertrag, jeder Viehkauf, jeder Auftrag zur Reparatur eines Hauses schriftlich beurkundet werden, von beiden Parteien oder von einer Partei wenigstens schriftlich bestätigt werden? Das kostenverteilende Urteil aber ist, wie bisher, nicht selbständig anfechtbar! Die rechtspolitischen Absichten der Verfasser des Entwurfs finden hier noch keinen genügend vorbereiteten Boden im Rechtsleben.

Eine neue Einschränkung der unbedingten Kostenerstattungspflicht findet sich schließlich in § 94 Abs. 2 Entw. Nach § 207 Entw. soll der Kläger in der Klageschrift u. a. „den Grund angeben, der es rechtfertigt, daß er, anstatt Zahlungsbefehl zu beantragen, Klage erhebt". Hat er dies unterlassen oder einen unzureichenden Grund angegeben, so hat er „auch im Falle des sofortigen Anerkenntnisses des Beklagten als auch im Falle der Versäumnis des Beklagten die Kosten des Rechtsstreits insoweit zu tragen, als sie die des Mahnverfahrens übersteigen". Mit dieser Mußvorschrift wird das obligatorische Mahnverfahren, das sich nicht bewährt hatte, in abgeschwächter Form wieder eingeführt. Die Klagen werden in Zukunft einen weiteren formularmäßigen Satz enthalten, daß nach dem Verhalten des Schuldners mit seinem Widerspruch zu rechnen sei. Ob dies der Fall war, wird der Richter nun auch bei Anerkenntnis- und Versäumnisurteil prüfen müssen; das einfache nichtkontradiktorische Verfahren wird durch Verhandlungen und Erörterungen hierüber, unter Umständen durch Beweisaufnahme nur hierwegen, durch Urteile mit längerer Begründung in vertagten Verkündungsterminen, kompliziert und verzögert werden. Und wann ist ein „zureichender Grund angegeben", nicht etwa vorliegend? Genügt es, wenn der Schuldner auf wiederholte Mahnungen sich nicht geäußert hat, um die Klage statt des Zahlungsbefehls zu rechtfertigen? Durfte der Gläubiger hieraus die Absicht des Bestreitens entnehmen? Genügt es, wenn der Gläubiger ein Interesse an der rechtskräftigen Feststellung seines Anspruches hat und deshalb klagt, weil sie ihm das neue Mahnverfahren mit dem vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehl nicht geben kann? Auch hier, wie in den anderen neuen Beschränkungsfällen der Kostenerstattungspflicht, Unsicherheit und, bei einer dem in der Hauptsache obsiegenden Teil treffenden Kostenpflicht, eine Verletzung des Rechtsgefühls! Es ist, wie in den früheren Vorschlägen über die Abschaffung der unbedingten Kostenerstattung, viel zu wenig erkannt, wie sehr die Kostenerstattungspflicht des Unterlegenen in das Rechtsbewußtsein übergegangen ist. Aus den — unanfechtbaren — Kostenverteilungs-Entscheidungen könnte sich sehr leicht eine Minderung des Vertrauens in die Rechtsprechung, aber auch in die vor dem Prozeß beratende und ihn führende Anwaltschaft ergeben.

5. Entgegen § 317 ZPO. erfolgt die Zustellung der Urteile nach dem Entwurf von Amts wegen (§§ 309, 134 Entw.), nicht nur wie bisher die der Versäumnisurteile (§ 508 ZPO.). Hier wird, wie in manchen anderen Bestimmungen, das Vorbild des ArbGG. übernommen. Eine Ausnahme, wie sie bisher § 508 Abs. 1 vorgesehen hatte (Zustellung auch von Versäumnisurteilen durch die Partei, die erklärt hat, selbst die Zustellung betreiben zu wollen), ist nicht vorgesehen. Die Absicht der Prozeßbeschleunigung ist ersichtlich, an sich berechtigt und auch auf diesem Wege zu verwirklichen. Die Zustellungen von Amts wegen, soweit sie bisher im amtsgerichtlichen Verfahren erfolgten, haben sich bewährt. Für die Anwaltschaft wird eine Entlastung von Formulararbeit eintreten, allerdings wohl auch eine Vermehrung der Haftungsmöglichkeit, weil die Fristenkontrolle für die von Amts wegen zugestellten Urteile etwas unbequemer ist als die von Urteilen, deren Zustellung der Anwalt selbst veranlaßt. Die Vergleichsverhandlungen zwischen den Instanzen werden, wenn der Entwurf Gesetz wird, beschleunigt werden müssen! Eine Gefahr aber ist nicht zu verkennen: nach geltendem Recht würde sich, bei Zustellung der Urteile im Amtsbetrieb, die Einleitung der Vollstreckung verzögern, der Schuldner auch Zeit zu Vermögensverschiebungen zwischen Zustellung und Vollstreckungsbeginn gewinnen. Das Vollstreckungsrecht des Entwurfs, das in weiteren Aufsätzen besonders behandelt wird, vermindert allerdings diese Gefahr; wer aber mit dem Verfasser die grundsätzliche Regelung der Zwangsvollstreckung im Entwurf ablehnt, muß sich auch gegen die Zustellung der Urteile von Amts wegen aussprechen.

6. Das Mahnverfahren ist im Entwurf (§§ 800 ff.) ein Teil der Zwangsvollstreckung, nicht mehr, wie bisher (§§ 688 ff. ZPO.) eine besondere Prozeßart. Aus dem Zahlungsbefehl, gegen den kein Widerspruch erhoben ist, findet, ohne besondere Vollstreckbarkeitserklärung die Zwangsvollstreckung statt. Der vollstreckbare Zahlungsbefehl ist daher, entgegen dem bisherigen Vollstreckungsbefehl, keiner Rechtskraft fähig; der Anspruch, über den der Zahlungsbefehl ergangen ist, wird nicht rechtskräftig festgestellt. Auch wenn nicht Widerspruch erhoben wird, kann der Schuldner mit einer Art Vollstreckungsgegenklage (§ 845 Entw.) den vollstreckbaren Zahlungsbefehl zu Fall zu bringen — (erhöhte Gefahr der Schadensersatzpflicht des Gläubigers, wenn irgendwann später die Vollstreckungsgegenklage, die nicht an eine Frist gebunden ist, den Vollstreckungstitel beseitigt und die Vollstreckung sich als unrechtmäßig herausstellt!) —; für seine Behauptungen trägt er dann die Beweislast; die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem unwidersprochenen Zahlungsbefehl —

und überhaupt — soll nur angewendet werden (§ 871 Entw.), wenn ihre Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind (§§ 869, 871 Entw.). Das so aufgebaute Mahnverfahren ist in der Tat keine besondere Prozeßart mehr, der vollstreckbare Zahlungsbefehl kein Vollstreckungsbefehl im bisherigen Sinne; die Eingliederung im Entwurf ist systematisch nicht unbegründet; das neue Mahnverfahren ist nur ein „Vollstreckungseinleitungsverfahren" (S. 465).

Das Mahnverfahren des Entwurfs enthält — abgesehen von dieser grundlegenden Änderung — eine Reihe von Neuerungen, die zum größten Teil Verbesserungen sind. Es bedarf keines besonderen Antrags auf Vollstreckungsbefehl mehr; Schreibwerk wird erspart, das Verfahren beschleunigt — wenn die nach dem Entwurf für das Mahnverfahren zuständigen Vollstreckungsgerichte so arbeiten können, wie der Entwurf glaubt! „Über den Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls soll spätestens am Tage nach seinem Eingang Beschluß gefaßt werden" (§ 803 Entw.). „Die Zustellung an den Schuldner soll unverzüglich herbeigeführt werden" (§ 806). Das Vollstreckungsgericht vermerkt den Eintritt der Vollstreckbarkeit auf dem Zahlungsbefehl" (§ 807). „Es übergibt ihn in der Regel dem Gerichtsvollzieher kurzhändig zur Pfändung" (§ 770 Abs. 2; S. 470), wenn der Gläubiger (§ 801 Abs. 2) sich nicht einen Durchführungsantrag vorbehalten hat. Die Widerspruchsfrist ist leider allgemein auf eine Woche, beim Urkundenzahlungsbefehl auf fünf Tage, beim Wechselzahlungsbefehl auf zwei Tage bemessen, soll aber vom Vollstreckungsgericht auf Antrag abgekürzt werden können. Auch bei dieser Möglichkeit „bei besonderen Dringlichkeitsgründen" (S. 470) ist die Verlängerung der durchschnittlichen bisherigen Fristen nicht empfehlenswert, wenn der Zweck des summarischen Verfahrens erreicht werden soll. Der Entwurf hält längere Fristen aber für notwendig, „weil der Schuldner in Zukunft nicht mehr ohne weitere Überlegung Widerspruch einlegen soll". „Hat der Schuldner Einwendungen zu erheben, die den Bestand des geltend gemachten Anspruchs" (auch die Fälligkeit?) „zur Zeit der Erlassung des Zahlungsbefehls betreffen, so kann er Widerspruch einlegen. Der Widerspruch besteht in einer Erklärung, aus der hervorgeht, daß der Erklärende sich zu Unrecht in Anspruch genommen glaubt.... Ergibt sich, daß der Schuldner die ... Erklärung der Wahrheit zuwider abgegeben hat, so **hat** ihn das mit der Sache befaßte Streitgericht zu ... Strafe zu verurteilen" (§ 807 Entw.), und zwar „zu einer Ordnungsstrafe in Geld oder zur Strafe der Ordnungshaft bis zu sechs Wochen und für den Fall, daß die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungsstrafe bis zu sechs Wochen" (§ 133 Entw.). Diese Bestimmung bleibt Papier; sie wird Herrn Numerius Negidius ebensowenig wie bisher hindern, zum Zwecke der Verzögerung den Widerspruch einzulegen; er beendet damit (§ 808), wenn der Widerspruch „formgerecht" war, wenn er nur Gründe angegeben hat (die aber vom Vollstreckungsgericht nicht geprüft werden), das Vollstreckungsverfahren; bis zur Terminsanberaumung vor dem Streitgericht ist es noch lange Zeit; (das Vollstreckungsgericht muß dorthin erst die Akten übersenden!). Die Geldstrafe schreckt ihn nicht; hätte er sie zu fürchten, würde er nicht unbegründeten Widerspruch einlegen; zum Vollzug einer Haftstrafe wird sich ein Gericht nur in den seltensten Fällen entschließen! Entsprechend dem Mahnverfahren als Vollstreckungseinleitungsverfahren ist für den Erlaß des Zahlungsbefehls (§§ 786 ff. Entw.) „dasjenige Vollstreckungsgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk sich zur Zeit der Antragstellung der Wohnsitz, der Sitz, die geschäftliche Niederlassung oder Vermögen des Schuldners befindet. Sind diese Verhältnisse nicht bekannt, so begründet der Aufenthalt des Schuldners die Zuständigkeit.... Wird die Vollstreckung bei dem Vollstreckungsgericht der Niederlassung oder des Vermögens anhängig, so soll dieses Vollstreckungsgericht, falls der Schuldner einen Wohnsitz oder Sitz hat, das Vollstreckungsgericht des Wohnsitzes oder Sitzes benachrichtigen." Damit ist der Gerichtsstand der Vereinbarung oder des Erfüllungsortes für das Mahnverfahren ausgeschlossen, eine für den Gläubiger sehr ungünstige Änderung des geltenden Rechtszustandes. Ein anderer als der angeführte ausschließliche Gerichtsstand tritt erst im Streitverfahren ein. „Mit dem Antrag auf Zahlungsbefehl soll der Gläubiger das Gericht benennen, dem der Antrag im Falle des Widerspruchs vorgelegt werden soll. Gibt es kein Streitgericht an, so gilt das Amtsgericht, dem das Vollstrekkungsgericht angehört, als von ihm benannt." Diese Trennung der Zuständigkeiten für das Mahnverfahren und das anschließende Streitverfahren ist geeignet, die Prozeßentscheidung erheblich zu verzögern, das Mahnverfahren umständlicher zu machen und zu verteuern und gibt dem Schuldner, wenn er z. B. die Unzuständigkeit des benannten oder des nicht benannten, aber als „benannt geltenden" Streitgericht erst in der Verhandlung einwendet und dadurch eine neue Aktenversendung an ein drittes Gericht herbeiführen kann, die schönsten Verschleppungsmöglichkeiten; § 689 Abs. 2 ZPO. regelt die Zuständigkeit viel zweckmäßiger. Erfreulich ist Bestimmung in § 803 Abs. 3 ZPO., wonach „der Zahlungsbefehl im übrigen erlassen werden kann, wenn dem Antrag nur zum Teil nicht stattgegeben werden kann"; verzögernde Zurückweisungen wegen Kleinigkeiten, z. B. weil mehr als 4% Zinsen nicht mit der Begründung „als Verzugsschaden" verlangt waren, fallen weg. Auch die in bestimmten Fällen gegebene Zulässigkeit des Zahlungsbefehls auf künftige Leistung ist begrüßenswert, ebenso die Zurückweisung des Widerspruchs im Urkunden- und Wechselmahnverfahren durch Beschluß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte im ordentlichen Streitverfahren, wenn der Schuldner Einwendungen und Beweismittel nicht angibt oder die angegebenen Beweismittel in der gegebenen Prozeßart unzulässig sind. Die Verfasser haben es (S. 473) abgelehnt, „weiter zu gehen und die Wechsel etwa unter die vollstreckbaren Urkunden aufzunehmen, weil Mißbrauch zu befürchten wäre; jeder gefälschte Wechsel könnte dann nach der Protesterhebung zur Vollstreckung führen". Diese Gefahr ist wohl nicht so groß, kaum größer als beim neuen Mahnverfahren; protestierte Wechsel als Vollstreckungseinleitungstitel wären ein außerordentlicher Fortschritt; diese Neuerung würde einem Bedürfnis und einer jetzt schon sehr weit verbreiteten unrichtigen, aber praktischen Laienmeinung entsprechen.

Im ganzen gesehen, kann das Mahnverfahren des Entwurfs als ein wesentlicher Fortschritt angesehen werden. Viele, hier nicht erörterbare Einzelheiten erhöhen seine Brauchbarkeit zur beschleunigten Beschaffung eines billigen Vollstreckungstitels.

b) Das Berufungsverfahren.

I. Vgl. Preiser: JW. 1931, 2436.

II.

Von Rechtsanwalt Hermann Lucas, Berlin.

I. Der Entwurf behält das Novenrecht grundsätzlich bei (§ 494 Abs. 1). Die Begründung dieses die wichtigste Frage des ganzen Berufungsverfahrens betreffenden Vorschlags überrascht etwas; denn sie besteht ausschließlich in einem Plädoyer gegen das Novenrecht, das nur in einen resignierenden Satz ungefähr des Inhalts ausmündet, da in Deutschland das Novenrecht althergebracht und Volks- wie Juristenmeinung weit überwiegend gegen seinen Ausschluß seien, habe es keinen Zweck, diese Verbesserung vorzuschlagen; sie habe keine Aussicht auf Annahme im Reichstag. Ich bekenne mich zu der großen Mehrheit und würde mit ihr — wenigstens für die wesentlich komplizierter als in Österreich liegenden deutschen Verhältnisse — in einem Ausschluß der Noven eine bedeutende Verschlechterung der Rechtspflege erblicken. Die in der Begründung gepriesene beschränkte Berufung würde bei uns ein unglückliches Zwischending zwischen novum iudicium und Revision sein, an die Stelle der wirklichen Lebensverhältnisse deren notwendig immer mehr oder weniger unvollkommene Abbildung im Akteninhalt setzen, formale Gerechtigkeit auf Kosten der materiellen begünstigen, dem Rechtsschutz-

bedürfnis nicht genügen und die Berufungsgerichte von Stätten wirklicher Rechtsfindung zu Schauplätzen juristischer Kunstkämpfe herabsetzen. Sie würde aller Voraussicht nach auch in der ersten Instanz, bei der man berücksichtigen muß, daß sie zu etwa 90% bei den Amtsgerichten liegt[1]), dazu zwingen, weit größeres Gewicht als bisher auf Schriftsätze, Protokolle, Abfassung des Tatbestandes und Tatbestandsberichtigung zu legen: also Beeinträchtigung der Mündlichkeit; Vermehrung des Leerlaufs und Geräuschs der Prozeßmaschine, die zum Teil nur deshalb laufen muß, um ein greifbares Gewebe als Objekt für die Nachprüfung durch die Berufungsinstanz herzustellen; eine Fallgrube für die rechtsunkundige Partei, die nicht weiß, daß sie peinlich darauf achten muß, alle tatsächlichen Behauptungen in den Tatbestand oder wenigstens in Schriftsätze, die in Bezug genommen werden, hineinzubringen; in der Berufungsinstanz eine Fundgrube für prozessuale Zwischenstreite darüber, ob eine Tatsache neu oder nur Ergänzung einer schon vorgebrachten ist; endlich unausbleibliche Vermehrung der Aufhebungen und Zurückverweisungen wegen Nichtausübung des Fragerechts oder sonstiger Verfahrensmängel, zu denen zu greifen die Berufungsgerichte nicht selten gezwungen sein werden, um nicht gegen die eigene materielle Überzeugung entscheiden zu müssen. In allen diesen Punkten ist das Verhältnis zwischen erster und zweiter Instanz mit dem zwischen zweiter und dritter gänzlich unvergleichbar, da die Dinge dort und hier sowohl in sachlicher als auch in der besonders wichtigen personellen Hinsicht ganz verschieden liegen. Also würde nach meinem Dafürhalten nicht einmal die von der Begründung erhoffte Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens mit der Beschränkung der Berufung erreicht werden, die materielle Wahrheit und Gerechtigkeit aber sicher bei ihr schlechter abschneiden als bisher.

Bis auf weiteres scheint die Gefahr ja gebannt zu sein. Aber doch nicht ganz. Der Entwurf will immerhin einen nicht unwesentlichen Schritt zur Einschränkung des Novenrechts tun, den die Begründung eine Maßnahme gegen mißbräuchliche Ausnutzung dieses Rechts nennt. Zu diesem Zweck sollen in § 494 die Vorschriften über Zurückweisung neuen Vorbringens aus Kann- in Mußvorschriften verwandelt werden. Dies soll für alle drei Fälle des bisherigen § 529 Abs. 2 und 3 gelten; also für in erster Instanz nicht vorgebrachtes Vorbringen, für in erster Instanz bereits zurückgewiesenes Vorbringen und innerhalb der Berufungsinstanz für vom Berufungskläger nicht in die Berufungsbegründung aufgenommenes neues Vorbringen; überall soll es statt der bisherigen Fassung: „können zurückgewiesen werden, wenn . . .“ künftig heißen: „sind nur zuzulassen, wenn . . .“. Heilberg: JW. 1931, 2435 hat bereits diese Bestimmung als durchaus bedenklich bezeichnet. Ich warne dringend vor ihr.

Sehr große unmittelbare Nachteile sind von der Bestimmung wohl kaum zu erwarten. Sie würden in schwerstem Maße eintreten, wenn die Vorschrift revisibel wäre; aber das soll sie nach § 511 Abs. 2 Satz 1 nicht sein. Fehlt die Möglichkeit des Revisionsangriffs, so möchte ich annehmen, daß die Bestimmung ziemlich wirkungslos bleiben, in der Praxis kaum etwas ändern wird. Es ist ein grundsätzlicher Irrtum des Entwurfs, wenn dieser glaubt, durch die bloße Formulierung von Prozeßnormen, die Instruktionen an den Richter enthalten, als Kann- oder Mußvorschrift einen erheblichen Einfluß auf die praktische Handhabung der Instruktion durch den pflichtbewußten Richter ausüben zu können. Die moderne Rechtsentwicklung hat dazu geführt, und das ist im Bewußtsein der deutschen Richter lebendig, die starre Bindung des Richters an den Buchstaben des Gesetzes aufzulockern, ihn freier zu stellen, neben der Rechtsanwendung auch die Rechtsfortbildung in gesteigertem Maße als seine Aufgabe zu betrachten. Gilt dies selbst von dem materiellen Recht, so muß es noch weit mehr von dem Prozeßrecht gelten, das ja seinen Zweck überhaupt erst vom materiellen Recht empfängt, lediglich dazu da ist, diesem zu dienen und es zu verwirklichen. Der seiner hohen Aufgabe bewußte gute und gewissenhafte Richter wird zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung, ob er im konkreten Falle ein neues Vorbringen berücksichtigen oder ausschließen soll, niemals die Frage wählen: wie lautet der Paragraph, steht da: „ich kann zurückweisen“ oder „ich muß zurückweisen“ oder „es sind nur zuzulassen“? Sondern sein Gewissen wird ihn treiben, höhere ethische Gesichtspunkte zugrunde zu legen und sich allein danach zu richten, ob nach seiner freien Überzeugung die Berücksichtigung des neuen Vorbringens im Interesse der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit sachdienlich ist oder es sich nur um offensichtliche Ausflüchte handelt. Beantwortet er diese Frage im ersteren Sinne, so wird er die Noven zulassen, und wenn er das bei grober Fahrlässigkeit, die er eigentlich anzunehmen geneigt ist, nach dem Buchstaben des Gesetzes nicht darf, so wird er eben nicht grobe Fahrlässigkeit annehmen, sondern nur leichte. So wird es immer bleiben, daran können Paragraphen nichts ändern, und das ist gut so. Dem guten und bis aufs äußerste gewissenhaften Richter wird also die Mußvorschrift sein Amt, dem Rechte zu dienen, nicht erleichtern, sondern nur dadurch erschweren, daß sie ihn unter Umständen im Interesse der materiellen Gerechtigkeit zu der kleinen internen prozessualen Notlüge der Verneinung grober Fahrlässigkeit zwingen wird. Rechnet man nun aber mit der Möglichkeit, daß es vielleicht auch Richter gibt, die von ihrem Amt eine etwas leichtere Auffassung haben, so wird die Mußvorschrift vollends bedenklich; denn sie würde die nun einmal nicht ganz wegzuleugnende innere Versuchung, die Entscheidung auch, wenn auch nur unbewußt, durch die Erwägung beeinflussen zu lassen, daß man sich durch Beiseiteschiebung eines Teils des Prozeßstoffes selbst die Arbeit vereinfacht und erleichtert, beträchtlich verstärken. Ich weise auf diese Gefahr nur als auf eine theoretische Möglichkeit hin; bei der hohen moralischen Qualität unseres Richterstandes befürchte ich nicht, daß sie sich in erheblichem Umfange verwirklichen würde; immerhin möchte ich nicht unerwähnt lassen, daß selbst in meinem beschränkten Beobachtungskreise seit der Novelle von 1924 die Fälle, in denen das Berufungsgericht wegen offenbar unsachgemäßer Ausübung der Zurückweisungsbefugnis aus § 279 ZPO. aufgehoben und zurückverwiesen hat, nicht ganz selten gewesen sind.

Schon hiernach dürfte die vorgeschlagene Änderung mindestens nutzlos, eher schädlich sein. Ihre große Gefährlichkeit besteht aber darin, daß sie als erster Schritt auf dem Wege zur Beseitigung des Novenrechts aufgefaßt werden kann und, wie ich nach der Einstellung der Begründung befürchten muß, von deren Verfassern auch aufgefaßt wird. Wird sie erst Gesetz, so kann dann das weitere sich ungefähr folgendermaßen entwickeln. Nach einiger Zeit werden wieder einmal Berichte von den OLG. über die mit der neuen Vorschr. gemachten Erfahrungen eingefordert. Da sich wahrscheinlich in der Praxis kaum etwas geändert haben wird, werden die Berichte in diesem Punkte im wesentlichen nur dahin lauten, Unzuträglichkeiten seien nicht hervorgetreten. Es ist nur eine Nuance des Ausdrucks, statt dessen zu sagen: die neue Vorschrift habe sich in der Praxis durchaus bewährt, und daran läßt sich dann der Vorschlag anknüpfen, auf diesem einmal eingeschlagenen und bewährten Wege einen Schritt weiterzugehen. Vielleicht findet sich dann auch ein OLG., das dies anregt; nach Ausweis der Begründung hat den Verfassern des Entwurfs auch für den jetzigen Vorschlag, die Mußvorschrift, die Anregung eines OLG. genügt, obwohl doch sicherlich entweder alle deutschen oder doch mindestens sämtliche preuß. OLG. gehört worden sind. Das ist die große Gefahr, und deshalb muß für jeden, der überzeugter Anhänger des Novenrechts ist, in diesem Punkte die Parole sein: principiis obsta!

II. Als weitere Maßnahme zur Konzentrierung des Verfahrens bringt der Entwurf eine Erweiterung des notwendigen Inhalts der Berufungsbegründung. § 519 Abs. 3 Nr. 2, im Entwurf § 482 Abs. 3 Nr. 2, soll künftig lauten:

> die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) sowie der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat.

Neu sind also die „Berufungsgründe“. Ihre Angabe ist wesentliches Formerfordernis, das Fehlen macht also die Berufung unzulässig; dies also anders und schärfer als hin-

[1]) Vor den Erhöhungen der amtsgerichtlichen Zuständigkeit durch die Notverordnungen. In Zukunft muß der Prozentsatz noch erheblich höher sein.

sichtlich der Angabe von Noven, deren Fehlen — dabei soll es bleiben — niemals Unzulässigkeit des Rechtsmittels, sondern nur Nichtberücksichtigung der Noven zur Folge haben kann. Es soll aber die gehörige Angabe auch nur eines Berufungsgrundes genügen, denn eine Präklusion tritt nicht ein, weitere Berufungsgründe können nachgebracht werden.

Zu meinem Bedauern kann ich auch zu dieser Neuerung nur sagen: ich warne vor ihr auf das dringendste. Sie bedeutet für das Schiff der Berufungsbegründung nichts als die Einladung nutzlosen Ballasts und überdies die Errichtung einer künstlichen Klippe. Zunächst ist der Begriff der Berufungsgründe ohne nähere Ausprägung, wie sie für die Revisionsgründe in § 554 (§ 517 Entw.) klar enthalten ist, überhaupt unklar und kaum verwendbar. Was sind nicht alles: „Gründe der Anfechtung"? Dem Wortsinne nach doch alles, was überhaupt gegen die Richtigkeit des Urteilsspruchs geltend gemacht werden kann; also neue (ganz neue und ergänzende) Tatsachen, neue Beweismittel, Ausführungen über die Beweiswürdigung und Rechtsausführungen materieller wie prozessualer Art. Der Begriff schließt also an sich auch die Noven im technischen Sinne ein; diese werden aber doch in demselben Satz hinter den Berufungsgründen besonders als etwas anderes erwähnt und auch anders behandelt. Schon die gesetzestechnische Formulierung läßt also zu wünschen übrig. Man wird nach ihr wohl annehmen müssen, und auf diesem Standpunkt scheint auch die Begründung zu stehen: Gründe der Anfechtung sind alle Anführungen außer den Noven, also alle Beweiswürdigungs- und Rechtsausführungen[2]). Gerade für diese Ausführungen ist der Gedanke einer Präklusion noch viel unmöglicher als für die Noven; er wäre geradezu absurd. Man kann doch vernünftigerweise den Richter einer Tatsacheninstanz nicht zwingen, gegen seine feste Überzeugung eine offensichtlich verfehlte Beweiswürdigung und eine offensichtlich falsche Rechtsanwendung unbekümmert um Recht oder Unrecht seinem eigenen Urteilsspruch zugrunde zu legen und in diesem zu bestätigen, nur weil die Partei es verabsäumt hat, binnen bestimmter Frist in einem Schriftsatz dem Richter haarklein auseinanderzusetzen, daß und warum das erste Urteil falsch sei. Wenn aber an eine Präklusion vernünftigerweise nicht gedacht werden kann, was hat die ganze Neuerung dann eigentlich für einen Zweck? Die Begründung meint, es sei für das Gericht, „auch abgesehen von den in zweiter Instanz etwa anzuführenden neuen Tatsachen wesentlich, möglichst frühzeitig zu wissen, nach welcher Richtung hin sich die Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils bewege"; sie fügt aber selbst hinzu: „Nun ist allerdings andererseits zu berücksichtigen, daß das Berufungsgericht, soweit nicht neue Tatsachen in Betracht kommen, meist selbst aus dem Urteil der ersten Instanz ersehen kann, nach welcher Richtung die Angriffe des Berufungsklägers laufen werden." Sehr richtig. Jura novit curia; es hieße den deutschen Berufungsrichtern ein unberechtigtes Armutszeugnis ausstellen, wenn man es für nötig halten wollte, daß sie zur Erkenntnis des richtigen Rechts und damit der juristischen Fehler eines konkreten Urteils erst durch ausführliche Parteidarlegungen angeleitet werden müßten; und für die Beweiswürdigung gilt genau dasselbe. Zudem werden, glaube ich, sämtliche Berufungsrichter bestätigen, daß nach ihrem Empfinden bereits heute die Anwälte schon im Parteiinteresse an Rechts- und Beweiswürdigungsausführungen eher zu viel als zu wenig bringen und daß dies in aller Regel auch innerhalb der Begründungsfrist erfolgt, Fälle der Verspätung solcher Ausführungen bis nach Ablauf dieser Frist eine verhältnismäßig seltene Ausnahme sind[3]). Und um dieses an sich schon gering zu veranschlagenden und überdies in der Praxis jetzt schon meist zur rechtzeitigen Befriedigung gelangenden Informationsbedürfnisses des Gerichts willen soll nun der gesamten Anwaltschaft und dem rechtsuchenden Publikum das Kreuz aufgeladen werden, die Berufungsbegründung mit neuem Formalismus zu bepacken, hinter dem die Gefahren des Formfehlers, damit der Verwerfung als unzulässig, damit der Versagung des Rechtsschutzes und letzten Endes, wie immer, des Regresses gegen den Anwalt und damit eines neuen Prozesses lauern. Es ist ein Kreuz, nicht etwa eine Kleinigkeit. Denn was der Entwurf verlangt, was nun eigentlich die Berufungsgründe des Näheren enthalten müssen, ist einerseits nicht — wie bei den Revisionsgründen — klar und scharf umrissen, sondern nur durch dehnbare und verschiedener Auslegung fähige Ausdrücke einigermaßen umschrieben; andererseits ist es jedenfalls nicht wenig. Der Wortlaut verlangt „die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung". Was ist „bestimmt", was ist „Anführung im einzelnen"? wo liegen die Mindestgrenzen hierfür? Darüber kann man sehr verschiedener Ansicht sein. Also zunächst bei Inkrafttreten der Vorschrift wieder eine Rechtsunsicherheit, die erst der Klärung durch die Rechtsprechung bedarf. Fällt diese Rechtsprechung wiederum, wie bez. der bisherigen Erfordernisse der Berufungsbegründung, den Bedürfnissen der Praxis verständnisvoll Rechnung tragend, milde aus, so ist die Vorschrift inhaltslos und nötigt wieder nur zur Aufnahme einiger formularmäßigen Sätze. Legen die Gerichte dagegen die Vorschrift streng aus, so sind alle die oben angedeuteten schwerwiegenden Gefahren die unausbleibliche Folge. Und wenn die Gerichte der Absicht der Begründung folgen wollen, so müssen sie streng, sogar sehr streng sein. Denn die Begründung bemerkt erläuternd:

> „. . . die Partei muß vielmehr zu erkennen geben, welche bestimmte Rechtsansicht des Richters sie bekämpft und welche Gründe sie ihr entgegensetzt oder in welchen Punkten und aus welchen Gründen sie seine Beweiswürdigung für unzutreffend erachtet."

Das ist allerhand; es wird damit tatsächlich die schriftliche Niederlegung von allem gefordert, was sich in der Sache an Ausführungen zur Rechtsanwendung und zur Beweiswürdigung überhaupt sagen läßt. Es genügt also z. B. nicht zu sagen: „Zu Unrecht hat das angefochtene Urteil den perfekten Abschluß eines Vertrages als durch die Aussage des Zeugen X. erwiesen angesehen; aus dieser Aussage kann dies gar nicht entnommen werden." Denn das ist ja wohl nur die Angabe des „Punktes", in dem die Beweiswürdigung für unzutreffend erachtet wird, und nun müssen noch die „Gründe" dafür kommen; es muß also jetzt die Aussage zergliedert und aus ihrem Wortlaut haarklein dargelegt werden, daß und warum die von dem Zeugen bekundeten Tatsachen keinen Schluß auf Perfektion des Vertrages gestatten, sondern nur nicht zum Abschluß gekommene Vorverhandlungen bedeuten. Und solche Ausführungen, die in einem Idealprozeß mit möglichst geringem Schreibwerk und möglichst lebendiger und inhaltsvoller mündlicher Verhandlung ausschließlich in letztere, überhaupt nicht in Schriftsätze gehören, will man zum notwendigen Formalinhalt einer Berufungsbegründung machen? Dann ist die Frage nicht unberechtigt: wozu eigentlich noch eine mündliche Verhandlung? Genau ebenso steht es mit den Rechtsausführungen. Welch sonderbarer und prinzipwidriger Gedanke ist es, hinsichtlich von Form und Ausführlichkeit des Vorbringens von Rechtsrügen bei dem Tatsachenrechtsmittel der Berufung ungleich mehr zu verlangen als bei dem

[2]) Dabei ist darauf hinzuweisen, daß die von dem Entwurf zu den Noven gerechneten Beweiseinreden gemischten Charakter haben, vielfach mit oder ausschließlich in Beweiswürdigungs- und Rechtsausführungen bestehen können. Dieser etwas veraltete Begriff (Beweiseinreden) sollte für eine neue ZPO. überhaupt entbehrlich sein.

[3]) Der Bemerkung der Begründung, nach dem Bekanntwerden der Rspr. des RG. zu § 519 ZPO. (Novelle von 1924) habe „die heilsame Wirkung des Berufungsbegründungszwanges wesentlich nachgelassen", muß ich nach meiner Kenntnis der Dinge ebenso entschieden widersprechen wie der Charakterisierung dieser Judikatur des RG. als „unverständlich" durch Preiser: JW. 1931, 2439. Man mache doch einmal eine Statistik auf, die ohne besonderen Aufwand durch Ausfüllung von Zählkarten in den laufenden Sachen bewerkstelligt werden kann. Sie wird ergeben, daß es weitaus die Regel bildet, daß innerhalb der Begründungsfrist zwei Begründungen eingereicht werden, eine schon mit der Berufungsschrift verbundene formale, die den gesetzlichen Mindesterfordernissen genügt, und dann — regelmäßig auch noch innerhalb der Frist — eine ausführliche und materielle. Der Satz der Begründung klingt fast so, als ob die seine Quelle bildenden Mitteilungen „aus der Praxis von den verschiedensten Seiten" sich nur mit den formalen Begründungen beschäftigt und die Tatsache, daß der formalen regelmäßig eine materielle nachfolgt, unerwähnt gelassen hätten. Die Rspr. des RG. war von dem Grundgedanken geleitet, daß im Interesse der Vermeidung einer Gefährdung des Rechtsschutzes prozessuale Formalerfordernisse besser streng als ausdehnend auszulegen sind. Das ist nicht unverständlich, sondern Dienst am rechtsuchenden Volk.

eigentlichen Rechtsrügenrechtsmittel der Revision. In der Revisionsbegründung genügt völlig der Satz: „Es wird Verletzung des § 823 BGB. gerügt“; aber bei der Berufungsbegründung wäre das gar nichts; da müßte zunächst die „bestimmte Rechtsansicht“ genau bezeichnet werden, die das angefochtene Urteil hier aus § 823 BGB. entnommen hat, und dann müßte ausführlich auseinandergesetzt werden, daß und warum sie für unzutreffend gehalten wird. Wieder frage ich: wozu dann eigentlich noch eine mündliche Verhandlung? Sollte derartiges, wie es die Begründung zu wünschen scheint, zwingendes Prozeßrecht werden, so werden die Folgen m. E. verhängnisvoll sein: zunächst ein Zwang zur Vielschreiberei, die in den meisten Fällen überflüssig ist und erfahrungsgemäß den Inhalt von Schriftsätzen verflacht anstatt vertieft; und trotz dieses Bemühens, der neuen Formvorschrift gerecht zu werden, immer noch eine nicht unerhebliche Gefahr, ein neuer Fallstrick für Anwälte und Parteien und eine neu erschlossene Quelle für die unerquicklichen Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtsmittels, für den Prozeß über den Prozeß, die hier — da es sich ja um eine revisible, sogar ohne Rücksicht auf das Objekt revisible Frage handelt — sich bis in die Revisionsinstanz hinein auswirken und zu einer beträchtlichen Mehrbelastung des RG. führen kann. — Endlich, wie oben bereits erwähnt: wozu das alles, wenn doch an eine Präklusion nicht gedacht werden kann, wenn die gehörige Angabe nur eines Berufungsgrundes genügt und weitere nachgebracht werden können, wenn also der erstrebte Zweck der möglichst frühzeitigen Orientierung des Gerichts doch nur sehr unvollkommen erreicht wird? Die Begründung hofft auf eine „psychologische Wirkung der vorgeschlagenen neuen Fassung“ und meint, diese Hoffnung müsse ausschlaggebend sein. Ich glaube, daß sie auch hier wieder in den Irrtum verfällt, der bloßen gesetzlichen Formulierung von Prozeßnormen einen viel zu großen Einfluß auf die in Wirklichkeit sich nach den Bedürfnissen der Praxis bestimmende praktische Handhabung zuzutrauen, und ich glaube ferner, daß gerade in dem hier in Rede stehenden Punkte die praktische Auswirkung wahrscheinlich die entgegengesetzte sein wird; die Berufungsbegründungen werden nicht vollständiger, sondern eher unvollständiger werden. Denn wenn der Entwurf Gesetz wird, so muß künftig jeder Anwalt in seiner Partei und seinem Interesse zunächst sein Hauptaugenmerk darauf richten, dem neuen Formalerfordernis zu genügen. Bei einem Prozeß mit auch nur einigermaßen umfangreichen Streitstoff kann man aber nicht alle Punkte bereits im ersten Schriftsatz der Berufungsinstanz mit der Ausführlichkeit behandeln, die der Entwurf oder wenigstens die Begründung wünscht. Die Folge wird also sein, daß der Anwalt, um seine Berufungsbegründung hieb- und stichfest zu machen, vornehmlich einen Punkt herausgreift und über ihn lang und breit schreibt, um nur ja genügend „bestimmt“ zu sein und „im einzelnen anzuführen“; darunter leidet natürlich die Behandlung der übrigen Punkte. Gegenwärtig gibt es noch elegante Berufungsbegründungen, die einigermaßen ähnlich den beim RG. üblichen Revisionsbegründungen die einzelnen Punkte des Streitstoffs nur kurz und knapp und dadurch besonders klar und scharf umreißen und die weitere Detaillierung der Beweiswürdigungs- und Rechtsausführungen je nach Lage der Sache entweder Nachtragsschriftsätzen oder auch der mündlichen Verhandlung vorbehalten. Diese ideale Art von Berufungsbegründungen ist leider heute schon selten geworden; der Entwurf wird sie endgültig töten. Denn nach ihm könnten sie leicht zur Verwerfung der Berufung als unzulässig führen.

Vielleicht sehe ich zu schwarz. Aber jedenfalls ist die Möglichkeit all dieser Nachteile der in der Einführung der „Berufungsgründe“ liegenden Neuerung für die Rechtspflege gegeben, und Vorteile vermag ich überhaupt nicht abzusehen. Formalerfordernisse im Prozeß sind ja nun einmal nicht ganz zu entbehren. Aber sie sollen möglichst einfach und leicht praktikabel sein. Sie zu komplizieren und die in ihnen liegende Gefahr für den Rechtsschutz zu vermehren, ist nicht der Weg des Fortschritts des Prozeßrechts.

III. Das sind die einzigen wesentlichen Neuerungen des Entwurfs. Wenn ich ihnen ablehnend gegenüberstehe, so glaube ich dabei nicht nur der einmütigen Zustimmung der deutschen Anwaltschaft sicher zu sein, die nicht aus egoistischer und kleinlicher Rücksicht auf die eigene Bequemlichkeit, sondern aus ehrlicher Besorgnis um die Aufrechterhaltung des bisherigen Maßes an Rechtsschutz entspringt; ich habe Grund zu der Annahme, daß auch, insbes. in der Frage einer Verschärfung der Vorschriften über die Zurückweisung von Noven, weite Kreise des Richterstandes in den Vorschlägen des Entwurfs keine Verbesserung erblicken. Es handelt sich hier um Punkte, in denen es auch kein Nachgeben geben darf, selbst nicht zur Erleichterung der uns allen am Herzen liegenden deutsch-österreichischen Rechtsangleichung.

Wenn der Entwurf im übrigen wesentliche Neuerungen nicht bringt, so ist das gut, denn an dem Berufungsverfahren der ZPO. ist nichts Wesentliches zu reformieren. Zu erwähnen ist folgendes:

1. Die Berufungssumme soll auf 100 *RM* erhöht werden. Dies ist inzwischen durch die NotVO. v. 6. Okt. 1931 bereits Gesetz geworden.

2. Die Novelle von 1924 hat bekanntlich die früher schon (seit 1905) für die Revision geltende Vorschrift auch auf die Berufung ausgedehnt, daß das Rechtsmittel in vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht auf Mangel der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts erster Instanz gestützt werden kann. Diese Vorschrift, die der Entwurf beibehalten will, ist für solche Fälle bedenklich, in denen sich hinter der Frage der örtlichen Zuständigkeit die ihrem inneren Wesen nach andere der Abgrenzung der Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit gegenüber dem Auslande verbirgt. In solchen Fällen handelt es sich nicht um eine verhältnismäßig unbedeutende prozessuale Querele, sondern um eine Frage von erheblicher und internationalrechtlicher Bedeutung, die der nachprüfenden und rechtsfortbildenden Spruchtätigkeit der höheren Instanzen zu entziehen m. E. nicht angebracht ist. Man sollte daher für diese Fälle eine Ausnahme statuieren; nicht nur für die Berufung, sondern auch für die Revision.

3. Eine schon lange dringend gewünschte Verbesserung, die ein Stück Formalismus abbaut, ist es, daß künftig nur die Einzahlung der gerichtlichen Prozeßgebühr, nicht auch deren Nachweis innerhalb der bestimmten Frist notwendig sein soll. Dem Vorschlage von **Preiser**: JW. 1931, 2439, die Einzahlung schon in Verbindung mit der Berufungseinlegung zu fordern, kann ich nicht beitreten; er würde in der gegenwärtigen Wirtschaftsnot eine große Härte bedeuten und die Dispensgesuche, die nach dem Entwurf zulässig sein sollen, noch beträchtlich vermehren und dadurch Mehrarbeit erzeugen.

4. Durch Streichung des § 523a soll auch in der Berufungsinstanz in vermögensrechtlichen Sachen bei Einverständnis beider Parteien endgültige Entscheidung durch den Einzelrichter ermöglicht werden. Erhebliche praktische Bedeutung wird diese Neuerung kaum gewinnen, aber es ist auch nichts gegen sie einzuwenden.

5. Die Beseitigung des starren Verbots der Klageänderung in der Berufungsinstanz durch Streichung des § 527 ist durchaus zu begrüßen.

6. Noch eine kleine redaktionelle Bemerkung. Die geltende ZPO. ist übermäßig umfangreich, und der Entwurf, der ihr gesetzestechnisches System im allgemeinen beibehält, ist nicht viel kürzer. Ob es nicht vielleicht möglich und angebracht wäre, dieses System grundlegend zu ändern und mit einem weit geringeren Bestande von Prozeßnormen auszukommen, ist m. E. eine sehr wichtige Frage der Prozeßreform, die zu erörtern aber den Rahmen meines Themas weit überschreiten würde. Ein wenig an Kürze wäre schon dadurch gewonnen, daß solche Vorschriften, die lediglich den inneren Dienst betreffen, dorthin verwiesen werden, wohin sie gehören, nämlich aus dem Gesetz heraus in die Geschäftsordnung für die Geschäftsstellen. Eine solche Vorschrift ist § 544 ZPO. (§ 506 Entw.).

c) Die mündliche Verhandlung.

I. Vgl. Wolff: Judicium 1931, 275.

d) Das Schiedsgerichtsverfahren.

I. Vgl. Baumbach: Judicium 1931, 323.

II.

Von Geh. JR. Prof. Dr. Wilhelm Kisch, Berlin.

Der Entw. hat für das Schiedsverf. verschiedene, z. T. grundsätzl. Änderungen vorgesehen. Die Begr. rechtfertigt dies mit der veränderten Grundeinstellung des Staates, der es nicht mehr dulden könne, daß ein Schiedsspruch trotz Verstoßes gegen gew. fundamentale Erfordernisse in Kraft bleibe, bis er auf Betreiben einer Partei durch das staatl. Gericht förmlich aufgehoben werde. Aus diesem prinzipiellen Standpunkt erklären sich insbes. die neuen Vorschr. über die Wirksamkeitserfordernisse des Schiedsvertr., über die materiellen Wirkungen des Schiedsspruchs und über seine Nichtigkeit. Die wichtigsten Neuerungen sind folgende[1]).

I. Die formellen und materiellen Wirksamkeitserfordernisse des Schiedsvertrages sind verschärft.

1. Für den Abschluß enthält § 739 Abs. 2 u. 3 Erschwerungen, allerdings nur, sofern sich der Schiedsvertr. auf künftige Rechtsstreitigkeiten bezieht. Der Vertr. soll künftig nicht mehr stillschweigend, sondern nur noch ausdrücklich abgeschlossen werden. Es würde nicht mehr genügen, wenn ein Vertr. auf die Usancen von Märkten oder Börsen verweisen würde, nach denen u. a. für die dort abgeschlossenen Geschäfte das BörsSchiedsG. zuständig sein soll. Außerdem soll er der Schriftform bedürfen, die bisher nicht allg. vorausgesetzt war. Besonders einschneidend ist, daß die Urkunde über den Schiedsvertrag nur Anordnungen, die sich auf das SchiedsG. beziehen, enthalten darf. Damit soll ausgeschlossen sein, daß, wie bisher, die Schiedsvereinbarung als Bestandteil eines hauptsächlich zivilrechtl. Vertr., etwa eines Lieferungs- oder Gesellschafts- oder VersVertr. getroffen ist. Laut Begr. soll hierdurch das Augenmerk der Partei auf die Schiedsabrede gelenkt werden; der ordentl. Rechtsweg soll nicht durch eine leicht übersehbare Klausel oder durch die bloße Verweisung auf allg. Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Doch soll, wenn der Schiedsvertr. für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, dieses verschärfte Abschlußerfordernis nicht gelten, falls beide Parteien Vollkaufleute sind. Und sein Mangel soll durch Einlassung auf das Schiedsverf. geheilt werden.

In diesem Zusammenhang erhebt sich ein Zweifel, wenn das SchiedsG. „durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung" angeordnet wird (§ 768 Abs. 1 Entw.). Zwar sieht § 768 Abs. 2, sofern die Wirksamkeit der Anordnung des SchiedsG. für den einzelnen von seinem Beitritt zu einer Vereinigung oder seiner Mitgliedschaft abhängt, vor, daß die Unterwerfung unter das SchiedsGer. zu gesonderter Urkunde ausdrücklich erklärt wird. Für das durch letztwillige Verfügung angeordnete SchiedsG. sollen dagegen die Best. des auf das schiedsgerichtl. Verf. bezügl. achten Buches „entspr. Anwendung" finden (§ 768 Abs. 1). Bedeutet dies, daß der Erblasser, der ein SchiedsG. einsetzen will, eine gesonderte letztwillige Vfg. mit dieser Anordnung errichten muß? Dies schiene mir ungerechtfertigt. Der Erblasser schließt den ordentl. Rechtsweg nicht für eigene, sondern für fremde Rechtsstreitigkeiten aus, zudem in förmlicher Weise. Auch besteht weder für ihn noch für Nachlaßbeteiligte die Gefahr, daß dieser Ausschluß übersehen werden könnte. Daher hat es keinen rechten Sinn, für solche Fälle an dem Erfordernis der gesonderten Urkunde festzuhalten. Auch hätte hier die Ausnahme bez. der Kaufleute keinen Platz[2]).

2. Hinsichtlich der materiellen Wirksamkeitserfordernisse des Schiedsvertr. stellt der Entw., außer den geltenden der Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes (§ 737 Entw. = § 1025 ZPO.) und der Bestimmtheit des Rechtsstreites oder des seinen Gegenstand bildenden Rechtsverhältnisses (§ 739 Abs. 1 Entw. = § 1026 ZPO.) in § 738 ein neues auf[3]). Hiernach soll der Schiedsvertr. unwirksam sein, „wenn eine Partei ihre wirtschaftl. oder soziale Überlegenheit dazu mißbraucht hat, den anderen Teil zu seinem Abschluß oder zur Annahme von Best. zu nötigen, die ihr im Verf., insbes. hinsichtlich der Ernennung oder der Ablehnung der Schiedsrichter, ein erhebliches Übergewicht über den anderen Teil einräumen". Man kann zweifeln, ob nicht dieser Satz schon aus den allg. Vorschr. des bürgerl. Rechtes über Vertr. gegen die guten Sitten zu entnehmen wäre; immerhin kann eine Wiederholung des Grundsatzes nichts schaden, mag sie auch manche unterlegene Schiedspartei dazu anreizen, auch in Fällen, auf welche die Vorschr. tatsächlich nicht zutrifft, gegen den Schiedsspruch anzukämpfen. Sie gilt sowohl für Schiedsvertr. über künftige als auch über entstandene Streitigkeiten. Verstoß gegen die Vorschr. macht, auch wenn nicht der Schiedsvertr. selbst, sondern nur best. Modalitäten des Verf. erzwungen sind, den ganzen Vertr. unwirksam. Er kann auch durch Einlassung nicht geheilt werden und begründet, wenn es trotz seiner zum Schiedsspruch kommt, nicht nur die Möglichkeit einer Aufhebungsklage, sondern unmittelbar seine Nichtigkeit[4]).

3. Für das Außerkrafttreten des Schiedsvertr. treten zu den Gründen des § 1033 ZPO. nach § 747 Entw. zwei weitere, von denen der erste durch Heilberg, der zweite durch Nußbaum angeregt ist. Einmal der Fall, daß der Obmann des SchiedsG. durch die Einigung der Parteien oder der Schiedsrichter bestellt werden soll und diese Bestellung nicht zustande kommt; hier läßt sich das Schiedsverf. nicht durchführen. Sodann der Fall, daß das SchiedsG. die Entsch. ablehnt. Bisher war solche Ablehnung auch dann nicht möglich, wenn das SchiedsG. annahm, daß sich die Sache zum Austrag vor ihm nicht eigne. Nunmehr räumt ihm § 747 Ziff. 3 Entw. diese Ablehnungsmöglichkeit ausdrücklich ein. Allerdings wird hierdurch nur die Klage gegen die Schiedsrichter auf Erfüllung ausgeschlossen; ihre

---

[1]) Mit den Vorschlägen Heilbergs ist in dieser Abhandlung dessen Schrift „SchiedsGVertr., SchiedsG. und schiedsrichterl. Verf., Entw. eines Ges. z. Abänd. der Best. des 10. Buches der ZPO. nebst Begr., im Auftrage des Vorstandes des DAV. aufgestellt" Nr. 15 der vom DAV. herausgegebenen Schriftenserie, 1929, gemeint.

[2]) Auch der Entw. Heilbergs § 1029 sieht die Schriftform für den Schiedsvertr. vor. Er schlägt weiter eine Vorschr. vor, nach welcher hinsichtlich des ganzen Vertr. der Mangel der Form geheilt wird, wenn das SchiedsG. gebildet und die Partei sich auf eine mündl. Verhandlung zur Hauptsache vor diesem eingelassen hat. Eine derartige Best. erscheint entbehrlich, da der Entw. die Schriftform nur für den Schiedsvertr. über künftige Streitigkeiten vorsieht. Ist ein konkreter Rechtsstreit erwachsen, so kann künftig der Schiedsvertr. in jeder Form abgeschlossen werden, also auch stillschweigend durch Verhandlung beider Parteien vor dem eingesetzten SchiedsG.

[3]) Nicht sind aufgenommen die von Heilberg § 1033a vorgeschlagenen Gründe, daß der Schiedsvertr. einen Verzicht auf Gewährung des rechtl. Gehörs enthält oder das rechtl. Gehör versagt oder das SchiedsG. ermächtigt, ohne mündl. Verhandlung zu entscheiden.

[4]) Im Entw. Heilbergs §§ 1027a—1027e finden sich eingehende Sondervorschr. für SchiedsG., die in Gesellschaftsvertr. oder Satzungen von Kartellen, Vereinen oder Gesellschaften vorgesehen sind oder auf Vertragsbedingungen beruhen, die im wesentl. ähnl. Best. enthalten, wie die Satzungen von Kartellen usw., oder die für best. Börsen oder Märkte eingesetzt sind. Diese Vorschr. beruhen auf demselben Gedanken, wie er jetzt dem Erfordernis des gesonderten Abschlusses von Schiedsvertr. und dem Verbot des Mißbrauchs einer Machtstellung zugrunde liegt. Nur schützt Heilberg gewisse Parteien durch Einräumung eines Rücktrittsrechtes; auch will er die Unterwerfung unter das SchiedsG. durch Einlassung vor demselben zur Hauptsache eintreten lassen.

etwaige Verpflichtung zum Schadensersatz (aus dem mit den Parteien geschlossenen Schiedsrichtervertr.) ist ausdrücklich vorbehalten. Keine Änderung, sondern eine Klarstellung des bisherigen Rechtes bedeutet die ausdrückliche Best. (§ 747 Satz 2 Entw.), daß über das Erlöschen des Schiedsvertr. auf Antrag das ordentl. Gericht entscheidet.

II. Bez. des Schiedsgerichts sind folgende Neuerungen vorgesehen:

1. Was dessen Besetzung betrifft, so wird eine Best. für unwirksam erklärt, die einer Partei das Recht einräumt, einen Schiedsrichter für die andere zu ernennen, schlechthin oder unter gew. Voraussetzungen, z. B. falls der andere Teil die zunächst ihm übertragene Ernennung nicht oder nicht binnen bestimmter Frist vornimmt (§ 740 Abs. 1 Satz 2 Entw.). Ferner ist auf den Fall Rücksicht genommen, daß der Schiedsrichter nicht von einer Partei, sondern von einem Dritten zu ernennen ist, und es ist das Verf. zur Best. eines Ersatzschiedsrichters (Aufforderung an den Ernennungsberechtigten zur Best. binnen einer Woche, nach deren fruchtlosem Ablauf das Ernennungsrecht auf das zuständige Gericht übergeht), auch auf die einem Dritten zustehende Ernennung ausgedehnt (§ 732 Abs. 2 Entw.).

2. Anders als bisher sind die Gründe der Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt gesetzlich festgelegt. § 744 rechnet hierher Geschäftsunfähigkeit, Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und fehlenden Besitz der bürgerl. Ehrenrechte. Die Mitwirkung eines unfähigen Schiedsrichters bewirkt Mangelhaftigkeit des Verf. und begründet eine Aufhebungsklage.

3. Zu den Ablehnungsgründen des § 1032 ZPO. sind hinzugekommen der Mangel voller Geschäftsfähigkeit und die über den Schiedsrichter eingesetzte Pflegschaft.

4. Endlich ist zweckmäßigerweise das Institut des Obmanns berücksichtigt worden (§ 740 Abs. 2 Entw.). Besteht das SchiedsG. aus mehreren Schiedsrichtern, so sind diese befugt, einen Obmann zu wählen (Voraussetzung: Einstimmigkeit), falls nicht der Vertr. ein anderes vorsieht, z. B. daß ein Obmann nicht oder durch die Parteien oder anderswie bestimmt werden soll [5]).

5. Ebenso ist zu billigen, daß den Schiedsrichtern und anderen Organen des SchiedsG. (z. B. einem Protokollführer) durch den neuen § 746 ausdrücklich die Pflicht der Verschwiegenheit über die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Tatsachen und Verhältnisse auferlegt ist. Dies entspricht dem Umstande, daß zu den Gründen, die die Parteien zum Ausschluß des ordentl. Rechstweges veranlassen können, die Öffentlichkeit des Verf. gehört. Weiter verweist die Begr. darauf, daß die Pflicht zur Verschwiegenheit es den Parteien erleichtere, zu Schiedsrichtern Personen zu wählen, die nicht mit dem Streit vertraut und dadurch in gew. Sinne die nötige Unbefangenheit verloren haben. Die Verschwiegenheitspflicht ist gegenüber den Schiedsparteien begründet. Ihre Verletzung gibt diesen den Anspruch auf Schadensersatz nicht nur wegen Delikts, sondern auch wegen Vertragsverletzung. Die neue Vorschr. hat nicht nur die Bedeutung eines im Interesse der Schiedsparteien aufgestellten SchutzG. (§ 823 Abs. 2 BGB.), sie bildet auch einen (gesetzlich vorgesehenen) Bestandteil des Vertr., durch welchen sich die Schiedsrichter den Parteien gegenüber zur Übernahme und ordnungsmäßigen Durchführung des Schiedsrichteramtes verpflichten.

6. Der Entw. hat nach der Begr. mit voller Absicht abgelehnt, eine Vorschr. aufzunehmen, wie sie Heilberg in § 1031 a vorschlägt: „Richterliche Beamte dürfen nicht als Schiedsrichter gegen Entgelt tätig werden.“ Als Grund für diese Ablehnung wird angegeben, daß die Froge nicht in ein ProzeßG., sondern in den Zusammenhang des Beamtenrechtes gehöre. Man wird dies billigen, auch wenn man eine solche Vorschr. für gerechtfertigt hält, worüber man verschiedener Meinung sein kann.

7. Ebenso hat der Entw. abgelehnt, Best. über die institutionellen SchiedsG. zu treffen, wie sie von Heilberg und auch von Nußbaum angeregt worden sind. Die Begr. befürchtet von einer Begünstigung solcher Gerichte durch Gewährung von Verfahrenserleichterungen eine weitere Stärkung der „ohnedies bedrohlich anwachsenden Sondergerichtsbewegung“.

III. Das Schiedsverfahren als solches bot, entsprechend seiner grundsätzlich freien Ausgestaltung, wenig Anlaß zu Neuerungen. Immerhin sind drei Punkte hervorzuheben [6]).

1. Nach § 748 Abs. 2 Entw. dürfen die bei einem deutschen Gericht zugelassenen RA. als Bevollmächtigte oder Beistände von dem SchiedsG. nicht zurückgewiesen werden; entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam. Diese Vorschrift verdient Beifall. Die durch sie ausgeschlossene Zurückweisung der RA. würde eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Schiedsparteien in der Wahrnehmung ihrer Rechte darstellen. Es ist zu begrüßen, daß nicht im Einzelfall das SchiedsG. den bedauerlichen Zustand schaffen kann, den für das arbeitsgerichtl. Verf. die GesGebung allg. vorgesehen hat, indem sie RA. als Parteivertreter und Parteibeistände zurückwies. Ein Verstoß gegen die neue Vorschr. bewirkt einen Mangel des schiedsrichterl. Verf. und damit einen Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs. Aus ihr folgt ferner, daß entgegenstehende Vereinbarungen, die sich in einem Schiedsvertr. oder in einer SchiedsGO. befinden, als nicht vorhanden zu behandeln sind, was den Bestand und den übrigen Inhalt des Schiedsvertr. nicht berührt [7]).

2. Hält das SchiedsG. eine sog. „richterliche“ Handlung für erforderlich, z. B. Ausübung des Zeugniszwanges, Vereidigung einer Partei, eines Zeugen oder Sachverständigen usw., so soll der Antrag an das staatl. Gericht um Vornahme dieser Handlung nicht mehr bloß durch eine Schiedspartei, sondern zweckmäßigerweise auch durch das SchiedsG. gestellt werden können (§ 750 Abs. 1 Entw. [8])).

3. Soll vor dem staatl. Gericht eine Beweisaufnahme stattfinden, so ist vor dem Termin das SchiedsG. zu benachrichtigen. Den Schiedsrichtern muß die Anwesenheit bei der Beweisaufnahme und kann das Stellen von Fragen gestattet werden (§ 740 Abs. 3). Zu beachten ist, daß für die Vornahme der „richterlichen“ Handlung nicht mehr das Gericht der Hauptsache zuständig ist, für das, wenn es ein LG. ist, Anwaltszwang bestehen würde, vielmehr, wie sich aus § 765 Entw. ergibt (vgl. unten V), das AG., in dessen Bezirk das SchiedsG. seinen Sitz hat. Die Begr. erblickt einen Vorteil darin, daß dieses Gericht mit den Verhältnissen besser vertraut sei, als das Gericht der Hauptsache — eine Annahme, die nicht notwendig zutrifft, da das Gericht der Hauptsache dem streitigen Verhältnis, das angesichts der Zuständigkeitsregeln mit seinem Bezirk räumlich zusammenhängen wird, näherstehen kann, als das Gericht des Sitzes des SchiedsG., welches manchmal durch äußerliche Umstände, etwa den Wohnsitz des gewählten Obmannes, bestimmt werden wird.

---

[5]) Bez. des Obmanns enthält auch der Entw. Heilbergs Vorschläge. Namentlich ist im § 1031 b Abs. 1 vorgesehen, daß die Befugnis zur Ernennung des Obmanns nicht einer Partei übertragen werden kann. Dies entspricht wohl auch der Absicht des Entw. Da aber dieser einen terminologischen Unterschied zu machen scheint zwischen „Schiedsrichter“ und „Obmann“, so würde sich zur Beseitigung von Zweifeln empfehlen, im § 740 auch den Obmann zu erwähnen, wenn man nicht, was zweckmäßiger sein dürfte, durch eine allg. Vorschr. aussprechen will, daß unter „Schiedsrichter“ auch der Obmann zu verstehen sei, soweit nicht aus dem Zusammenhang ein anderes zu entnehmen sei. Dies wäre z. B. auch wichtig für die Vorschr. über Unfähigkeit, Ablehnung, Verschwiegenheitspflicht usw. Oder man könnte unterscheiden zwischen „Schiedsrichter“ (wobei der Obmann nicht eingeschlossen wäre) und „Mitglieder des SchiedsG.“ (zu denen dann der Obmann gehören würde).

[6]) Ein förml. Recht der Parteien auf mündl. Verhandlung ist nicht vorgesehen; anders Entw. Heilberg § 1034.

[7]) Nach Heilberg soll die Vereinbarung, wonach die Parteien auf die Vertretung durch deutsche RA. vor dem SchiedsG. verzichten, den ganzen Vertr. unwirksam machen. Die Vorschr. des Entw. erscheint zweckmäßiger.

[8]) Der Vorschlag Heilbergs (§ 1035), dem Vorsitzenden oder Obmann oder Verhandlungsleiter des SchiedsG. mit Einverständnis der Schiedsparteien die Abnahme von Zeugen- oder Sachverständigeneiden zu übertragen, ist nicht angenommen worden. Ebenso nicht die Befugnis des SchiedsG., zur Verhandlung und Beratung Sachverständige und Rechtskundige mit beratender Stimme zuzuziehen. Man wird aber trotz Schweigens des Entw. diese Befugnis als nicht ausgeschlossen ansehen.

IV. Die einschneidendsten Neuerungen beziehen sich auf den Schiedsspruch.

1. Hier sind erfreulicherweise die schwerfälligen Best. des § 1039 über die Formerfordernisse des Schiedsspruchs stark vereinfacht (§ 753 Entw.).

a) Im Schiedsspruch ist nicht mehr der Tag der „Abfassung", der zufällig und oft nicht sicher oder nicht eindeutig bestimmbar ist (namentlich bei verschiedenem Wohnsitz der unterschreibenden Schiedsrichter), sondern der Tag der Fällung anzugeben; als solcher wird bei Verkündung der Verkündungstag, sonst bei Mehrheit der Schiedsrichter der Tag der Beschlußfassung anzusehen sein. Bei einem Einzelschiedsrichter wird, wenn keine Verkündung stattfindet, der Tag der Fällung mit dem der Abfassung zusammenfallen.

b) Der Schiedsspruch soll zwar, wie bisher, mit Zustellungsnachweisen auf der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichtes niedergelegt werden, jetzt auch mit den Akten, über deren Schicksal die geltende ZPO. nichts bestimmt. Aber diese Niederlegung gehört nicht mehr zu den Wirksamkeitserfordernissen des Schiedsspruchs und bestimmt nicht mehr sein Zustandekommen (wenn sie auch für die Vollstreckbarerkl. notwendig ist). Vielmehr soll der Spruch künftig wirksam werden mit der Zustellung an beide Parteien. Zur Klarstellung bisheriger Zweifel kann die Zustellung und Niederlegung im Auftrag des SchiedsG. von einem der Schiedsrichter bewirkt werden; dies ist zur Vereinfachung des Verf. insbes. zweckmäßig, wenn die Mitglieder des SchiedsG. an verschiedenen Orten ihren Wohnsitz haben[9]).

c) Bisher konnte noch nach Fällung des Schiedsspruchs ein Richter die Unterzeichnung verweigern und so das Zustandekommen eines Schiedsspruchs verhindern; der gleiche Erfolg trat ein, wenn ein Schiedsrichter an der Unterschrift verhindert war, z. B. durch Abwesenheit, Krankheit, Tod usw. Dies will der Entw. verhindern durch die Best.: „Ist ein Schiedsrichter verhindert oder verweigert er offenbar grundlos die Unterschrift, so kann sie auf Antrag einer Partei von dem zuständigen Gericht durch die auf dem Schiedsspruch zu vermerkende Feststellung dieser Umstände ersetzt werden." Der Entw. denkt bei der „offenbar grundlosen" Verweigerung der Unterzeichnung vornehmlich wohl an die Überstimmung des Schiedsrichters. Indessen wird diese Voraussetzung zu Zweifeln Anlaß geben. Liegt sie z. B. vor, wenn der sich weigernde Schiedsrichter überzeugt ist, daß der Spruch seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten oder die öffentl. Ordnung verstößt, oder daß er aus einem der gesetzl. Gründe der Aufhebung ausgesetzt wäre? Man wird dies bezweifeln können, wenn mindestens die Möglichkeit einer Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit gegeben erscheint. Im Zweifel wird sich natürlich das Gericht des Ersatzvermerkes zu enthalten haben. — Übrigens gilt die Vorschr. nur für die Verweigerung der Unterschrift nach gefälltem Schiedsspruch. Vorher wird jeder Schiedsrichter, wie bisher — unbeschadet einer etwaigen Schadensersatzpflicht gegenüber der einen Partei oder beiden —, sein Amt niederlegen und dadurch evtl. das Zustandekommen des Schiedsspruchs verhindern können.

2. Die grundsätzlich wichtigste Neuerung des Entw. betrifft die materielle Wirkung des Schiedsspruchs. Diesem waren bisher durch § 1040 ZPO. die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtl. Urt. beigelegt. Statt dessen bestimmt nunmehr § 740 Entw.: „Der gültige Schiedsspruch hat die Wirkung eines Vertr., der das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis feststellt. Gegenüber einem gültigen Schiedsspruch kann sich keine Partei ohne Zustimmung der anderen auf die ursprüngl. Rechtslage berufen."

a) Sinn und Tragweite dieser Änderung sind nach der Begr. folgende: Ein SchiedsG. habe nicht allein, wie das staatl. Gericht, die Aufgabe, die rechtl. Folgen des gegebenen Tatbestandes zu ermitteln; nach der Absicht der Parteien solle es auch befugt sein, einen diesen oft unerwünschten Tatbestand umzugestalten. Diese Befugnis könne dem SchiedsG. von Staats wegen zugebilligt werden; dann aber empfehle es sich nicht, den Schiedsspruch mit den Wirkungen der Rechtskraft auszustatten, die es verhindern würden, ihn bei Verstoß gegenüber fundamentalen Erfordernissen der Rechtsordnung als nichtig zu behandeln. Vielmehr müsse er, selbst wenn ausnahmsweise die Parteien die Aufgabe des SchiedsG. auf die bloße Ermittelung der Rechtsfolgen nach Art der staatl. Gerichtsbarkeit beschränkt haben, als ein Vertragsakt eigener Art angesehen werden[10]).

b) Die im Entw. gekennzeichnete Vertragswirkung knüpft sich allerdings nur an den gültigen Schiedsspruch, d. h. der den wesentl. gesetzl. Formalitäten des Zustandekommens (Mehrheit!) und des Wirksamwerdens (Datierung, Unterzeichnung, Zustellung) entspricht, der nicht aufgehoben wurde, und bei dem kein Nichtigkeitsgrund (unten 3) vorliegt.

c) Die Wirkung des gültigen Schiedsspruchs wird der eines Feststellungsvertr. der Parteien gleichgestellt. Diese Best. enthält gew. Schwierigkeiten. Es ist zweifelhaft, welche Wirkung den sog. Feststellungsvertr. zukommt. Darüber, wie verwickelt hier manche Fälle liegen, vgl. Pagenstecher, „Zur Lehre v. d. mater. Rechtskr.", insbes. S. 94—136, dessen Ausführungen bei Auslegung der neuen Best. gute Dienste leisten werden, weil Pagenstecher den Nachweis versucht hat, „daß die Wirkungen des rechtskräftigen Urt. vergleichbar sind solchen Rechtswirkungen, welche die Parteien durch einen Vertr. herbeiführen können" (S. 94).

Nur auf zwei Punkte sei hingewiesen. Wenn die Nichtigkeit eines Vertr. streitig ist und die Parteien durch einen neuen Vertr. feststellen, er solle als gültig angesehen werden, so ist es angesichts des Grundsatzes von der Unheilbarkeit nichtiger Vertr. zweifelhaft, ob die Feststellung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertr. zurückwirken kann. Wenn ferner das zwischen A. und B. streitige Eigentum durch Vertr. als Eigentum des A. festgestellt wird, so kann dieser Vertr. den Nichteigentümer A. zum Eigentümer kaum machen, wenn nicht die Erfordernisse für eine gültige Eigentumsübertragung verwirklicht sind. Wenn dagegen ein SchiedsG. im ersten Beispiel die Gültigkeit des Vertr. von Anfang an, im zweiten das Eigentum des A. feststellt, so muß doch im ersten Fall mit rückwirkender, im zweiten mit dinglicher Kraft die Rechtslage so gelten, wie es dem Inhalt der schiedsgerichtl. Entsch. entspricht. Die Begr. selbst bemerkt S. 391, der Schiedsspruch müsse, wenn er seine Aufgabe erfüllen wolle, in wichtigen Punkten dem rechtskräftigen Urt. gleichstehen; „er muß imstande sein, wie ein Urt. die Rechtslage mit dinglicher Rückwirkung zu erfassen". Ob dieses Ziel damit erreicht wird, daß man die Wirkung des Schiedsspruchs der eines Feststellungsvertrages gleichstellt, ist zweifelhaft.

Auch kann die Formulierung des Ges. zu Schwierigkeiten führen, wenn der Schiedsspruch nicht auf eine Feststellung i. e. S. gerichtet ist. Es ist schon bedenklich, die Wirkung eines verurteilenden Schiedsspruchs der eines Feststellungsvertr. gleichzustellen (bei dem natürlich an die Feststellung einer zu erfüllenden Leistungspflicht zu denken wäre). Noch bedenklicher ist diese Gleichstellung bei einem rechtsgestaltenden Spruch des SchiedsG. Streitig ist z. B., ob das Mitglied einer OHG. ausgeschlossen werden kann, und es soll hierüber im Schiedsverfahren entschieden werden. Welchem Feststellungsvertr. ist dieser Spruch in Ansehung der Wirkungen gleichzustellen, wenn der Ausschluß ausgesprochen wird? Höchstens könnte man an einen vertraglich vereinbarten Ausschluß oder Austritt des Gesellschafters denken, nicht aber an die Feststellung wirksamen Ausschlusses durch die OHG. (da diese Feststellung eine

---

[9]) Die Vorschr. geht zurück auf den Vorschlag Heilbergs; vgl. dessen Entw. zu § 1039 Abs. 2.

[10]) Die Meinung der Begr., daß es grundsätzlich dem Willen der Parteien entspreche, dem SchiedsG. eine freiere, nicht auf bloße Feststellung der rechtl. Folgen eines Tatbestandes beschränkte, sondern auf Umgestaltung desselben erstreckte Befugnis einzuräumen, ist nicht ohne weiteres zu billigen. Auf Grund meiner eigenen schiedsgerichtl. Praxis glaube ich, daß im Zweifel umgekehrt die Parteien dem SchiedsG. keine andere Aufgabe übertragen wollen, als dem staatl. Gerichte zusteht. Ein anderer Wille würde unzweideutige Anhaltspunkte voraussetzen, sei es kraft ausdrückl. Best. des Schiedsvertr. (wie z. B. in Vertr. der VerfGes. häufig), sei es kraft der besonderen Umstände des Falles. Dieser Standpunkt deckt sich mit dem Entw. Heilberg § 1038 a: „Der Schiedsvertr. enthält im Zweifel nicht die Ermächtigung für das SchiedsG., anders als nach dem am Sitze des SchiedsG. geltenden oder dem für das Rechtsverhältnis der Parteien maßgebenden Rechte zu entscheiden."

Entsch. voraussetzt) oder wirksamer Kündigung durch den Gesellschafter. — Wenn ferner nach § 754 Satz 2 Entw. sich gegenüber einem gültigen Schiedsspruch keine Partei ohne Zustimmung der anderen auf die ursprüngliche Rechtslage berufen kann, so ist nicht deutlich, was mit der ursprünglichen Rechtslage gemeint ist; zweitens kann sich diese Rechtslage mit der im Schiedsspruch festgestellten decken (dann nämlich, wenn der Schiedsspruch richtig ist, was als Regel unterstellt werden sollte); drittens kann sich eine Partei einseitig nicht nur nicht auf die ursprüngliche, sondern auch nicht auf irgendeine andere als gerade die „festgestellte" Rechtslage berufen.

Vielleicht ließen sich diese Bedenken, ohne daß gegenüber den Absichten des Entw. eine materielle Änderung herbeigeführt würde, durch eine andere Fassung ausräumen, etwa durch die Formulierung: „Der gültige Schiedsspruch hat die Wirkung, daß sein Inhalt in Ansehung des streitigen Rechtsverhältnisses für die Parteien verbindlich (oder: maßgeblich) ist. Diese verbindliche (maßgebliche) Kraft kann durch Vereinbarung der Parteien ganz oder teilweise beseitigt werden."

d) Was folgt praktisch daraus, daß dem Schiedsspruch nicht mehr die Wirkungen der materiellen Rechtskraft zukommen sollen? Einmal, daß die Parteien in der Lage sind, durch ihren übereinstimmenden Willen den Schiedsspruch außer Kraft zu setzen, während sie nicht (mit verbindlicher Kraft für einen späteren Rechtsstreit) die Wirkungen der Rechtskraft ausschalten können. Weiterhin, daß in einem späteren Rechtsstreit vor einem staatl. Gerichte dieses nicht von Amts wegen die Tatsache des Schiedsspruchs berücksichtigen darf, während die Rechtskraft m. E. vom Gerichte auch ohne Erhebung der sog. „Einrede" der Rechtskraft berücksichtigt werden muß. Endlich finden nicht Anwendung die Vorschr. der ZPO. über die erweiterte Rechtskraft. Inwiefern der Schiedsspruch, außer für die Parteien, für dritte Personen maßgeblich ist (etwa Rechtsnachfolger einer Partei oder einen Ehegatten im Verhältnis zum anderen oder den Nacherben im Verhältnis zum Vorerben, den Erben im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker), bestimmt sich nach bürgerl.-rechtl. Grundsätzen. — Es ist zu beachten, daß insoweit schon bisher trotz der Bezugnahme auf die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtl. Urt. die gleiche Behandlung des Schiedsspruchs von der a. M. vertreten wurde, welche sich m. R. darauf stützte, daß an der Aufrechterhaltung und Berücksichtigung des Schiedsspruchs nicht dasselbe öffentl. Interesse bestehe, wie an der des staatlichen Urteils.

3. Mit der Beseitigung der Rechtskraftwirkung hängt die Neuerung zusammen, daß es künftig auch eine Nichtigkeit des Schiedsspruchs geben soll. Um die Nichtigkeit zu ermöglichen, ist die Wirkung des Schiedsspruchs auf die einer vertraglichen Feststellung herabgedrückt, während bisher ein Schiedsspruch selbst beim Fehlen seiner Grundlage, nämlich eines wirksamen Schiedsvertr., und bei schweren inhaltlichen Mängeln in Kraft blieb, bis er durch eine Entsch. des staatl. Gerichtes aufgehoben wurde. Diese Wirkung der Rechtskraft (nicht nur im materiellen, sondern auch im formellen Sinne) soll künftig für gew. Fälle ausgeschlossen sein.

a) Der Entw. sieht zwei Fälle der Nichtigkeit vor (§ 755). Der eine ist, daß ein Schiedsvertr. nicht geschlossen oder der abgeschlossene unwirksam war. Ersteres wird nicht nur dann zutreffen, wenn es an dem äußeren Tatbestand eines Vertragsschlusses fehlt, sondern auch dann, wenn infolge sog. Dissenses keine Einigung der Parteien vorliegt (§§ 154, 155 BGB.). Letzteres, wenn dem Schiedsvertr. die Rechtsgültigkeit mangelt, sei es aus allg. Gründen des bürgerl. Rechtes (Geschäftsunfähigkeit usw.), sei es aus den besonderen Unwirksamkeitsgründen der ZPO.: Mangel eines vergleichsfähigen Gegenstandes, Mangel der Bestimmtheit, der Ausdrücklichkeit, der Schriftlichkeit oder Abgesondertheit des Vertrages, Mißbrauch der Überlegenheit einer Partei usw. Der andere Nichtigkeitsgrund ist der bisherige Aufhebungsgrund, „daß der Inhalt des Spruchs gegen die guten Sitten oder gegen die öffentl. Ordnung verstößt".

b) Durch die Nichtigkeit soll nach der Begr. erzielt werden, daß die Berücksichtigung gewisser grundlegender Mängel des Schiedsspruchs nicht mehr an die Voraussetzung einer Geltendmachung durch die Partei gebunden sein soll. Künftig könne der Richter von Amts wegen den Schiedsspruch als nicht vorhanden behandeln, wenn das in ihm festgestellte Rechtsverhältnis den Gegenstand eines ordentlichen Rechtsstreites bilde. Die Ausschaltung rechtswidriger Sprüche könne so ohne Parteitätigkeit herbeigeführt und ein Mißbrauch des Schiedswesens verhindert werden.

Es leuchtet ein, daß durch diese Neuerung die Maßgeblichkeit der Schiedssprüche eingeschränkt werden wird. Allerdings wird sich die Änderung praktisch nicht so fühlbar machen, wie es scheinen möchte. Schon bisher dürften die Fälle, in denen bei den nunmehrigen Nichtigkeitsgründen der unterliegende Teil die Aufhebungsklage, der siegreiche den Antrag auf Vollstreckbarerklärung unterließ, nicht allzu häufig gewesen sein. In beiden Fällen konnte wenigstens nach eingeleitetem Aufhebungs- oder Vollstreckungserklärungsverfahren ein Verstoß des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentl. Ordnung von Amts wegen berücksichtigt werden. Andererseits wird auch nach der vorgeschlagenen Regelung der Prozeßrichter, vor welchem die Frage der Wirksamkeit des Schiedsspruchs erheblich wird, in aller Regel die Umstände, aus denen die Sitten- oder Ordnungswidrigkeit des Schiedsspruches sich ergeben soll, tatsächlich nur auf Grund des Parteivorbringens erkennen. Soweit allerdings von Amts wegen die Nichtigkeit angenommen werden kann, wird künftig dem Schiedsspruch die Maßgeblichkeit entzogen, auf welche die Parteien tatsächlich gerechnet hatten, und es wird die Möglichkeit geschaffen, ohne förmliches Aufhebungsverfahren dem Schiedsspruch die praktische Wirksamkeit abzusprechen.

4. Abgesehen von den beiden behandelten Nichtigkeitsfällen kann einem mangelhaften Schiedsspruch die Wirksamkeit, wie bisher, nur durch gerichtl. Entsch. entzogen werden. Wenn es aber in § 755 Abs. 2 heißt: „Im übrigen kann ein Schiedsspruch nur durch gerichtl. Entsch. außer Kraft gesetzt werden", so ist dies insofern nicht genau, als nach dem früher Gesagten ein Schiedsspruch auch durch Parteivereinbarung außer Kraft gesetzt werden kann (§ 754 Satz 2 Entwurf).

Die Aufhebungsgründe sind im großen ganzen die gleichen wie bisher. Nur sind die früheren Gründe des fehlenden oder unwirksamen Schiedsvertr. sowie des Verstoßes gegen die guten Sitten oder die öffentl. Ordnung ausgeschieden, weil sie jetzt Nichtigkeitsgründe sein sollen. Dagegen gehört weiter zu den Aufhebungsgründen der Fall, daß ein gültig geschlossener Schiedsvertr. außer Kraft tritt. Andererseits ergibt sich sachlich eine Erweiterung der Aufhebungsmöglichkeit daraus, daß die Restitutionsgründe, bei deren Vorliegen eine Aufhebung des Schiedsspruchs verlangt werden kann (§ 756 Ziff. 5), durch den Entw. vermehrt worden sind. — In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß der Hinweis auf den Restitutionsgrund des § 546 Ziff. 6 nicht passend erscheint, da dort von dem Fall die Rede ist, daß „eine Partei die Rechtskraft eines Urt. durch arglistige Täuschung erschlichen hat". Eine unmittelbare Anwendung auf das Schiedsverfahren ist offensichtlich nicht möglich, und für eine entsprechende scheint auch kein Raum zu sein. Weiter ist auf eine Unstimmigkeit der Formulierung hinzuweisen, die schon in der bisherigen ZPO. sich findet. Im Entw. § 756 Ziff. 2 (entspr. dem bisherigen § 1041 Ziff. 3), wie auch in § 763 Abs. 1 Ziff. 3 (entspr. dem bisherigen § 1044 ZPO.), ist die Rede davon, daß eine Partei die „Prozeßführung" genehmigt hat, obgleich man eigentlich die Durchführung eines Schiedsverfahrens nicht als „Prozeßführung" wird bezeichnen dürfen.

Zur Beseitigung aller Zweifel ist noch bestimmt, daß in einem anhängigen Aufhebungsverfahren auch die Nichtigkeit geltend gemacht werden kann, ohne daß eine selbständige Klage erhoben werden müßte (§ 746 Abs. 3). Die Begr. bemerkt, daß auch das Umgekehrte gilt, d. h. im Nichtigkeitsfeststellungsverfahren auch Aufhebungsgründe vorgebracht werden können. Immerhin ist zu bemerken, daß es sich dann um eine durch Klageänderung herbeigeführte nachträgliche objektive Klagenhäufung handelt.

5. Der Entw. enthält keine Vorschr. darüber, wieweit das SchiedsG. über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden befugt sei. Diese Befugnis wird in der Regel als stillschweigend gewollt unterstellt werden müssen. Dagegen ist es nicht Sache des SchiedsG., die Honorarforderung seiner

Mitglieder in dem Schiedsspruche festzustellen; dies ist vielmehr Sache des zwischen den Schiedsrichtern und den Parteien zu schließenden sog. Schiedsrichtervertr. Von Heilberg (§ 1038b) war vorgesehen, daß darüber, inwieweit außergerichtliche Kosten einer Partei von der unterliegenden Partei zu erstatten sind, das SchiedsG. nach freiem Ermessen zu entscheiden habe, sofern die Parteien nicht ein Anderes vereinbart haben. Der Entw. hat dies nicht übernommen. Es wird Sache des Schiedsvertr. sein, nötigenfalls für diesen Punkt Vorsorge zu treffen, was sich praktisch sehr empfehlen kann, da die Frage besonders in Ansehung der durch Beiziehung von RA. erwachsenen Kosten praktisch wichtig ist.

6. Hinsichtlich der Vollstreckbarerkl. und ihres Verhältnisses zur Aufhebung des Schiedsspruchs soll es künftig im wesentlichen bei der durch die letzte Novellierung des Schiedsverfahrens eingeführten Regelung verbleiben. An sachlichen Neuerungen ist hervorzuheben, daß der Antrag auf Vollstreckbarerkl. natürlich auch abzulehnen ist, wenn ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Ferner muß bei einer schwebenden, noch nicht bis in die RevInst. gelangten Aufhebungs- oder Nichtigkeitsklage die Vollstreckbarerkl. im Wege der Widerklage verlangt werden. Dies wird in der Begr. durch die Gleichheit der für Haupt- und Widerklage maßgebenden Tat- und Rechtsfragen gerechtfertigt. Die Widerklage wird hier in der BerInst. ganz allg. für statthaft (sogar für obligatorisch) erklärt. Dies bedeutet, daß ihre Zulassung nicht, wie sonst, davon abhängig gemacht wird, daß sie das Gericht für sachdienlich hält. Dem Gläubiger wird hier ohne seinen Willen eine Inst. (nämlich die erste) entzogen. Die obligatorische Widerklage findet aber nicht statt, wenn die Hauptklage vor einem unzuständigen Gericht erhoben war. — Neu ist weiter § 759 Abs. 3, der bei Ablehnung der Vollstreckbarerkl. gegen den die Beschw. zurückweisenden Beschl. des OLG. die weitere Beschw. zuläßt, soweit gegen ein Urt. gleichen Inhalts die Ber. statthaft wäre. Die Vorschr. erklärt sich daraus, daß sonst die Wahl des BeschlVerf. durch das Gericht zu einem InstVerlust für die Partei führen könnte. — Endlich heißt es in § 760 Entw. (entspr. dem bisherigen § 1042d) Abs. 2: „Ist der Beschl. (gemeint ist der Beschl. auf Vollstreckbarerkl. des Schiedsspruchs) von einem AG. erlassen, so kann der Widerspruch auch zur Niederschrift der Geschäftsstelle erklärt werden.“ Dies wird in der Begr. dahin erläutert, daß für den Widerspruch gegen Beschl. des AG. der Anwaltszwang beseitigt werde. Diese Bemerkung ist mir nicht recht verständlich, da ich nicht weiß, nach welcher Vorschr. der Widerspruch gegen den VollstrBeschl. des AG. bisher dem Anwaltszwang unterlag. Ein solcher scheint mir bisher nicht einmal bestanden zu haben, wenn erst das LG. als BeschwInst. sich für den VollstrBeschl. entschieden und den AR. angewiesen hat, diesen zu erlassen. Jedenfalls setzt der Widerspruch gegen den VollstrBeschl. in aller Regel solche Rechtskenntnisse voraus, daß die Parteien in den seltensten Fällen in der Lage sein werden, ohne anwaltliche Vertretung ihre Rechte zu wahren.

V. Zu erwähnen sind endlich gew. Änderungen bez. des zur Mitwirkung im Schiedsverfahren berufenen staatlichen Gerichtes.

1. Im Interesse der Vereinfachung ist für die gerichtl. Ernennung eines Schiedsrichters, für die Vornahme „richterlicher“ Handlungen, für den Ersatz der Unterschrift eines Schiedsrichters und für die Niederlegung nicht mehr das Gericht der Hauptsache für zuständig erklärt, sondern das AG., in dessen Bezirk das SchiedsG. seinen Sitz[11]), in Ermangelung eines solchen das AG., bei dem der betreibende Teil seinen allg. Gerichtsstand hat (§ 765 Abs. 1 Entw.). Bereits oben (III 3) ist bezweifelt worden, ob dieses Gericht dem Streitgegenstand immer näher sein wird als das Gericht der Hauptsache. — Übrigens vermißt man eine Best. für den Fall, daß (bei fehlendem Sitz) das SchiedsG. selbst als betreibender Teil eine „richterliche“ Handlung beantragt, was jetzt nach § 750 Abs. 1 möglich ist. — Mündliche Verh. ist nicht nötig. Die vorgängige Anhörung des Gegners findet nicht statt, wenn das AG. um eine „richterliche“ Handlung ersucht wird. Die Parteien können in allen gen. Fällen auch die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes vereinbaren.

2. Dagegen ist, wie bisher, das Gericht der Hauptsache (d. h. dasjenige AG. oder LG., das für die Geltendmachung des Anspruchs zuständig gewesen wäre), zuständig geblieben für die gerichtl. Entsch. über die Ablehnung eines Schiedsrichters, über das Erlöschen eines Schiedsvertr., für die Vollstreckbarerkl. von Schiedssprüchen und schiedsgerichtl. Vergleichen, für Klagen, welche die Unzulässigkeit des schiedsgerichtl. Verf., die Nichtigkeit oder Aufhebung eines Schiedsspruchs oder seiner Vollstreckbarerkl. oder die Rechtsunwirksamkeit eines schiedsgerichtl. Vergleiches zum Gegenstande haben. Doch ist neben dem genannten Gericht wahlweise auch für zuständig erklärt das AG. oder LG. (je nach dem Streitwert), in dessen Bezirk das SchiedsG. seinen Sitz hat oder hatte (§ 766).

VI. Bez. der ausländischen Schiedssprüche ist es bei dem durch die letzte Novellierung des Schiedsverf. geschaffenen Zustande geblieben (§ 763 Entw. = § 1044 ZPO.). Ebenso bez. des schiedsgerichtl. Vergleichs (§ 764 Entw. = § 1044a ZPO.).

VII. Übersieht man die gesamten Vorschr. über das Schiedsverf., so sind für die Rechtsanwaltschaft zwei Punkte von besonderer Bedeutung. Einerseits ist ihr durch das obenbehandelte Verbot ihrer Ausschließung im Schiedsverf. die Mitwirkung bei demselben sichergestellt. Andererseits aber ist durch die Veränderung der Best. über das mitwirkende staatl. Gericht die Zuständigkeit des AG. und damit die Entbehrlichkeit anwaltl. Mitwirkung für gew. Fälle ausgedehnt worden.

---

[11]) Der Entw. enthält keine besondere Best. über den Sitz des SchiedsG. Anders Heilberg, der m. R. hervorhebt, daß die Frage des Sitzes des SchiedsG. bei Streitigkeiten im internationalen Handel und in der internationalen Industrie bedeutsam sein könne, und der daher einen staatsgerichtl. Schutz gegen Verlegung des Sitzes ins Ausland geschaffen wissen will, wenn auch solche Verlegung u. U. im Interesse der besseren Aufklärung der Sache sich nicht vermeiden lasse. Dieser Erwägung entspringt der von Heilberg vorgeschlagene § 1032a: „Sitzungen des SchiedsG. finden an demjenigen Orte statt, der im schriftl. Schiedsvertr. oder durch eine anderweitige Einigung der Parteien bestimmt wird. In Ermangelung einer solchen Best. wird der Ort durch Einigung der Schiedsrichter oder, wenn diese nicht erfolgt und ein Obmann bestellt ist, durch den Obmann bestimmt. Diese Best. ist den Parteien zuzustellen. Gegen sie ist binnen einer Notfrist von einer Woche Beschw. an das ordentl. Gericht zulässig, wenn ein im Ausland befindlicher Ort als Ort der Sitzungen bestimmt ist. Die Entsch. des Gerichtes ist endgültig.“ Es würde sich empfehlen, die Aufnahme dieser oder einer ähnl. Best. in den Entw. noch zu erwägen.

e) Die Zwangsvollstreckung.

I. Vgl. Heilberg: JW. 1931, 2435 Ziff. 6.
II. Vgl. Goldschmidt: JW. 1931, 2448 Abs. III.
III. Vgl. Fischer: JW. 1931, 2541.

IV.

Von Professor Dr. Helmut Rühl, Göttingen.

Wenn ich mich auf Aufforderung der Schriftleitung hier zum Entw. einer neuen ZPO. äußere, so lasse ich dabei die grundsätzliche Frage beiseite, ob in der heutigen Zeit die Vorlage eines so großen Reformwerks überhaupt Sinn habe (vgl. dazu namentlich James Goldschmidt oben S. 2445 und Baumbach: DJZ. 1931, 1226). Ebensowenig sei hier die Frage geprüft, ob unsere ZPO. als ganze wirklich nicht weiterzuleben verdient oder nicht vielmehr eine Novellierung genügen würde, um dieses Gesetz in Einklang mit den Anforderungen der Gegenwart zu bringen, nachdem das deutsche Verfahren — um nur ein Beispiel zu nennen — sich in Elsaß-Lothringen beim Vergleich mit dem code de procédure civile als plus simple, plus souple, plus rapide et moins

coûteuse[1]) bewährt hat. Unerörtert bleibe auch die dritte große Frage, die ebensowenig wie die beiden ersten vom Entw. angeschnitten wird (obwohl der „Begründung" eine Stellungnahme zu diesem Problem in viel höherem Maße zugemutet werden kann als zu den menschlich und politisch heikleren ersten beiden Fragen): Sollen wir auch bei einer grundlegenden Neuordnung unseres bürgerl. Rechtsstreits die Augen davor verschließen, daß der Zivilprozeß in unseren Millionenstädten notwendigerweise anders aussehen muß als vor kleineren Gerichten? Sollten wir nicht — etwa im EinfGes. — für den Prozeß vor den Riesengerichten einige Sondervorschriften treffen, Lockerungen gewähren, die sich die Praxis sonst einfach ohne gesetzl. Grundlage und oft in viel bedenklicherer Weise schaffen wird?

Wende ich mich, von diesen drei Grundfragen absehend, der Neugestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts zu, dieses vom Entw. mit besonderer Liebe ausgestalteten, an neuen Gedanken besonders reichen Teils, so darf ich angesichts der vorangegangenen Aufsätze die Grundgedanken des Entw. als bekannt voraussetzen. Meine Aufgabe sehe ich vielmehr in der an Hand des Ganges eines normalen VollstrVerf. vorgenommenen Prüfung der Frage, ob die Neugestaltung das Ziel eines guten VollstrRechts erreiche: durch Beschleunigung und Intensivierung des Verfahrens zu schnellerer Befriedigung des Gläubigers zu gelangen, den schutzwürdigen Schuldner vor unangebrachter Härte zu schützen und durch geeignete Verbindung von Gläubiger- und Schuldnerschutzmaßnahmen auch die Interessen der Gesamtwirtschaft zu fördern.

I. Das Maß des dem Gläubiger auf den Gang des VollstrVerf. zustehenden Einflusses hat sich in allen Stadien des Verf. verringert. Statt daß er den GVollz mit der Pfändung beauftragt, „beantragt" er jetzt bei dem VollstrGer. die Durchführung der Vollstr. Daß er dabei tunlichst mitteilen soll, was er über die Verhältnisse des Schuldners, soweit diese für die Vollstr. bedeutsam werden können, weiß, ist eine Norm, die zugleich einem Gebot seines eigenen Interesses entspricht (§ 770[2])). Daß er den Antrag beim VollstrGer. auch mündlich stellen kann, ohne daß eine Niederschrift darüber aufgenommen zu werden braucht, verdient vollen Beifall. Den Anregungen des Gläubigers über die Art der Durchführung der Vollstr. soll, „soweit keine Bedenken bestehen", entsprochen werden (§ 771). Insofern wird sich also zunächst, wie auch die Begründung (S. 410) selbst anerkennt, in einer großen Anzahl von Fällen im praktischen Ergebnis wenig ändern. Auch wird, wie bisher, regelmäßig die Vollstr. zunächst in Form einer Pfändung von beweglichen Sachen vor sich gehen. Aber schon hier zeigt sich ein wesentlicher Fortschritt, der sich gerade bei schwierig liegenden Verf. stark bemerkbar machen dürfte, in zwei Richtungen: Einmal im Hinblick auf die Möglichkeit, daß ohne das Erfordernis eines besonderen neuen Antrags des Gläubigers auch Forderungspfändungen stattfinden können, z. B. weil dem VollstrGer. aus früheren Verf., aus der sogleich zu besprechenden Offenlegung der Verhältnisse oder aus sonstiger Amtskunde bekannt ist, daß dem Schuldner Forderungen zustehen und diese nach Lage der Sache zweckmäßig als VollstrObjekt dienen können (auch der Möglichkeit einer Vorpfändung durch den GVollz. ist hier zu gedenken).

Der zweite, damit eng zusammenhängende und ihn ermöglichende Fortschritt liegt in der Zentralisation der VollstrAkte bei einer Stelle, dem VollstrGer., so daß Pfändung beweglicher Sachen, Pfändung von Forderungen und — so soll offenbar das System weiter ausgebaut werden — die ZwVollstr. in Grundstücke sowie die Gesamtvollstreckung (Vergleichs- und Konkursverfahren) einheitlich bei einer Behörde konzentriert sind, was sich für die Energie und Sachkunde des VollstrGer. vorteilhaft auswirken muß.

II. Was geschieht nun mit dem VollstrAntrag, wenn er bei der Geschäftsstelle des VollstrGer. einläuft (bei streitgerichtl. Titeln kann er auch bei der Geschäftsstelle des Streitgerichts gestellt werden, die ihn dann weiterzuleiten hat [§ 770]), oder vor ihr mündlich gestellt wird? Wenig glücklich erscheint hier der Satz der Begr. (S. 409), das VollstrGer. habe den Antrag dem zuständigen GVollz. zu übermitteln, „ohne ihn erst umständlich buchen zu müssen". Soweit damit nur die Vermeidung überflüssigen Schreibwerks gefordert werden soll, verdient der Gedanke vollste Zustimmung. Aber das VollstrGer. (bzw. sein Sekretariat) darf nicht nur Briefbote sein; könnte man durch die Reform nicht mehr erreichen, so ließe man es besser bei dem jetzigen System der unmittelbaren Beauftragung des GVollz. durch den Gläubiger. Vielmehr gilt es, Vorteile aus der zentralen Stellung des VollstrGer. zu ziehen und seine Amtskunde irgendwie fruchtbar zu machen. Durch Karteien oder ähnliche Hilfsmaßnahmen muß dafür gesorgt werden, daß mit Leichtigkeit überblickt werden kann, ob in einem bestimmten Zeitraum (etwa den letzten drei Monaten) gegen denselben Schuldner schon VollstrMaßnahmen versucht worden sind, welchen Erfolg diese hatten und ob es zu Vergleichsverfahren oder Konkurs gekommen ist, sämtlich Tatsachen, über die auch die Vollstreckungshilfe der Berliner Anwaltschaft nach § 10 ihrer Geschäftsbedingungen Auskunft erteilt. Sind solche Vorgänge nicht vorhanden, so hat das Sekretariat den VollstrAntrag an den GVollz. zu leiten, andernfalls müßte m. E. der Vollstreckungsantrag mit diesen Vorgängen dem VollstrRichter vorgelegt werden. Dieser hätte dann zu erwägen, ob eine Anschlußpfändung (die jetzt sehr erleichtert ist, vgl. sub VI 2) ratsam ist, ob und welche Ermittlungen anzustellen sind, ob insbes. sogleich dem GVollz die Aufforderung zur Abgabe einer schriftl. Vermögenserklärung oder gar die Ladung zu dem neu eingeführten Surrogat des Offenbarungseides, nämlich zur Vermögensoffenlegung, mitgegeben werden soll.

Denn dem VollstrGer. stehen solche außerordentl. weitgehenden Ermittlungsbefugnisse zu: es kann Gläubiger und Schuldner sowie „etwa beteiligte Dritte" zu mündl. oder schriftl. Erklärungen auffordern (§ 772), Zeugen und Sachverständige vernehmen, unter Umständen sogar vereidigen (§ 774), Urkunden wie Erbscheine und andere von der gegenwärtigen Praxis unter §§ 792, 896 g. F. gebrachte Urkunden beantragen (§ 784) und bei Gefahr im Verzuge Vertreter bestellen (§ 785). Sehr weit müssen diese Ermittlungen erstreckt werden, sollen sie doch auch feststellen, ob der Schuldner etwa über laufende Einnahmen verfügt, aus denen der Gläubiger nach und nach, sei es auch nur teilweise, befriedigt werden kann (Dauervollstreckung), und ob der Schuldner Einkünfte oder Vermögen zu erwarten hat, aus dem spätere Befriedigung des Gläubigers zu erwarten ist (§§ 864 f.). Dabei ist (§ 847) darauf Bezug zu nehmen, daß durch solche Ermittlungen die Durchführung der Vollstr. weder verzögert noch gefährdet werde — eine zweifellos vortreffliche Maxime, deren praktische Verwirklichung nicht immer leicht sein wird.

1. Auf Grund des durch diese Ermittlungen gewonnenen Einblicks hat das VollstrGer. dann die nötigen Anordnungen zu treffen. Hierbei wie überhaupt für sein ganzes Verhalten hat Richtlinie zu sein, „daß die Befriedigung des Gläubigers auf die schnellste, einfachste und billigste Weise herbeigeführt werde und unnötige Härten gegen den Schuldner vermieden werden" (§ 771). Auch für das Interesse späterer Gläubiger wird dabei zu sorgen sein: Nach § 881 kann das VollstrGer. diejenigen Maßnahmen, die zum Vollzuge eines Arrestes getroffen werden können, immer dann anordnen, wenn weitere Zwangsvollstreckungen zu erwarten sind und der Verdacht besteht, daß der Schuldner sich seiner Befriedigungspflicht entziehen wolle.

2. Sind aber Vorgänge gegen den betreffenden Schuldner noch nicht vorhanden, so geht der Auftrag weiter (ganz wie nach geltendem Recht) an den GVollz. Dieser darf nicht rein passiv auf Weisungen des VollstrRichters (etwa i. S. einer Exekutionsinstruktion) warten, vielmehr weist § 873 ihn ausdrücklich an, er solle die ihm nach dem Gesetz obliegenden Handlungen ohne besonderes Geheiß vornehmen und dabei den Anregungen des Gläubigers entsprechen, „soweit keine Bedenken dagegen bestehen". Der Gläubiger hat auch nach wie vor das Recht des unmittelbaren Verkehrs mit dem GVollz., dessen Name ihm — was freilich noch ausdrücklich vorgeschrieben werden muß — mitzuteilen ist.

[1]) So Duquesne, Doyen de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, auf S. VI des Vorwortes zu Chéron et Muhleisen, Précis de procédure locale applicable ... dans les départements du Haut — Rhin, du Bas — Rhin et de la Moselle 1930 (t. 1 der Travaux de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg).

[2]) Paragraphen ohne Zusatz sind solche des Entw.; g. F. = geltende Fassung.

III. Betrachten wir jetzt die Fragen, die sich bei der Durchführung einer Vollstr. wegen Geldforderungen ergeben.

1. Sofern der GVollz. im Wege der Mobiliarpfändung vorgeht, ändert sich wenig, nur einige Zweifelsfragen werden beseitigt. Wenn der GVollz. bei seiner Pfändung im Gewahrsam des Schuldners Gegenstände findet, die nicht zu der der Vollstr. unterliegenden Vermögensmasse gehören, dann soll er sie trotzdem pfänden, es sei denn, daß die Gegenstände „offensichtlich" nicht zu dieser Vermögensmasse gehören (§ 880); mit dieser Einschränkung wird einer bewährten Praxis endlich die erforderliche Rechtsgrundlage gegeben. Billigung verdient auch die Einführung einer Vorschr. über Verhinderung der Weiterbenutzung einer gepfändeten, aber im Gewahrsam des Schuldners belassenen Sache (§ 889).

Eine wichtige Neuerung bringt der Entw. dadurch, daß er die Pfändung von Sachgesamtheiten zuläßt (§ 891) — eine Regelung, die insbes. für Warenlager von Bedeutung ist. Sie dient ebensowohl dem Interesse des Gläubigers, dessen Zugriffsmöglichkeiten erweitert werden, wie dem Interesse des Schuldners, der bisher bei Pfändung seines Lagers seine Existenz verlor. Diese kann ihm nach der Neuregelung erhalten bleiben, sofern er Lieferanten findet, die ihm weiterhin Waren zur Ergänzung seines Lagers liefern. Andere Gläubiger können dann durch Schuldnerschutzmaßnahmen nach §§ 950 ff. zurückgehalten und durch eine Beaufsichtigung des Schuldners nach Maßgabe des § 881 Abs. 3 (dessen Wortlaut freilich über die jetzt vorgeschlagene zu enge Fassung hinaus erweitert werden müßte) geschützt werden. Sobald sich ergibt, daß auf diese Weise doch nicht eine Befriedigung des Gläubigers erzielt werden kann, hat das VollstrGer. durch Anordnung der Verwertung von der Vollstr. in die Sachgesamtheit zu einer Vollstr. in die einzelnen zu dieser Sachgesamtheit gehörenden Sachen überzugehen. Die kühne Neuerung ist ein Ausdruck des bisher namentlich auf materiellrechtl. Gebiete (vor allem bei der sog. Sicherungsübereignung von Warenlagern, aber auch bei der Lieferung von Lagerbeständen unter Eigentumsvorbehalt) zutage getretenen Bedürfnisses, dem Schuldner in den Grenzen des ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetriebes ein Verfügungsrecht über das im übrigen aus seinem Gesamtvermögen irgendwie herausgelöste Warenlager zu gewähren. An materiellrechtl. Vorbildern dafür fehlt es nicht. Schon das PachtKredG. vom 9. Juli 1926 gewährt die Möglichkeit eines besitzlosen Pfandrechts am Pächterinventar, ein Pfandrecht, das nach dem Komm. von **Kiesow** (S. 17, 22) ausdrücklich als Pfandrecht „an einem Inbegriffe beweglicher Sachen" bezeichnet wird. Auch im Ausland besteht die Möglichkeit einer Mobiliarhypothek, namentlich im sowjet-russ. Zivilgesetzbuch Art. 105a bis 105qu, die durch eine Nov. v. 20. Dez. 1927 eingefügt worden ist[3]). Während aber dort von Sachkennern[4]) ausgeführt wird, daß es sich in Wahrheit um ein Privileg für die zukünftige Vollstreckung, nicht um ein echtes Pfandrecht handele, nimmt § 891 und die Begr. kühn ein echtes Pfandrecht an, wobei sie die materiellrechtl. Schwierigkeiten offenbar übersehen. Mit dem Satze (§ 891): „Dem Pfandrecht ist der jeweils vorhandene Bestand unterworfen" ist es natürlich nicht getan. Entschließt man sich, hier ein Pfandrecht an einem Sachinbegriff zu schaffen, so würde der Umstand, daß einzelne zu dem Inbegriff gehörende Sachen nicht dem Schuldner gehören (man denke an den häufigen Fall, daß die Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert sind), nach dem Willen des darüber schweigenden Entw. den Vorbehaltseigentümer wohl nicht zur Geltendmachung seines Drittrechts berechtigen. Aber, selbst wenn man diesen (rechtspolitisch nicht unbedenklichen) Standpunkt einmal einnimmt: wie verträgt sich damit die Bestimmung des § 891 II, daß, wenn das VollstrGer. sich dazu entschließt, die Versteigerung anzuordnen, mit der Zustellung dieses Beschl. „das Pfandrecht sich in ein solches an den Einzelsachen verwandelt"? Diese Neuordnung scheint mir noch nicht genügend durchdacht, namentlich nicht hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das materielle Recht.

Dies führt zu einer grundsätzlichen Bemerkung: ich vermisse im Entw. und seiner Begr. ein Eingehen auf die de lege ferenda nicht zweifellose Frage, ob die Schaffung eines Pfändungs-**Pfand**rechts zweckmäßig sei, oder ob nicht vielmehr die Verschiedenheit der vom materiellrechtl. Pfandrecht einerseits, der vom Pfändungspfandrecht andererseits zu wahrenden Interessen einer Einbeziehung der für den Pfändungspfandgläubiger entstandenen Rechtslage in das Rechtsinstitut des Pfandrechts entgegenstehe.

2. Wie steht es aber, wenn pfändbare Gegenstände nicht vorgefunden werden? Hier würde ich es für eine zweckmäßige Verbesserung des Entw. halten, wenn der GVollz. (vorbehaltlich einer entgegenstehenden Weisung des VollstrGer.) vom Schuldner eine formularmäßige Erklärung über sein Vermögen in **allen** Fällen fordern dürfte, in denen die Mobiliarpfändung nicht ohne weiteres zu einem Erfolge führt. Geht man mit der Begr. (S. 433, 435) davon aus, daß dem Schuldner die wahrheitsgemäße Angabe seiner Verhältnisse im Interesse der Gläubigerbefriedigung zuzumuten sei, und erkennt man, daß in der Forderung nach solcher Offenlegung nicht das Diffamierende unseres heutigen Offenbarungseides liegt, so erschiene mir eine solche Vorschrift folgerichtiger und bei weitem praktischer als der Gedanke des Entw., daß es stets besonderer Anordnung des Gerichts bedürfe. Um Bedenken gegen eine dadurch herbeizuführende zu hohe Anzahl von eidesstattl. Versicherungen auszuschalten, sollte man für **diese** Vermögensangabe keine Versicherung an Eides Statt erfordern. Die entgegengesetzte Regelung des Entw. halte ich für zu weitgehend; es besteht ja stets die Möglichkeit der Aufforderung zur förmlichen „Offenlegung" des Vermögens (§§ 774, 775), dem Surrogat des Offenbarungseides.

3. Wenn dagegen eine Pfändung erfolgt ist, so kommt es normalerweise zur Verwertung des Pfandes. Hinsichtlich ihrer finden sich wenig erhebliche Neuerungen; jedoch wird im Interesse der Erzielung eines angemessenen Erlöses, um den sich der Entw. in anerkennenswerter Weise bemüht, auch die Abgabe eines schriftl. Gebots zugelassen, wobei jedoch ein Zuschlag auf dieses Gebot nur unter den Kautelen des § 900 erteilt werden kann (Hinterlegung oder eine sonstige die sofortige Einziehung durch das VollstrGer. gestattende Sicherstellung des Betrags).

4. Die Zwangsvollstreckung in Forderungen setzt nicht mehr einen besonderen Antrag des Gläubigers voraus, was die wünschenswerte Folge hat, daß das VollstrGer. ihm bekanntgewordene Forderungen ohne Verzug pfänden kann, während natürlich das Recht zur Anregung einer solchen Pfändung dem Gläubiger erhalten bleibt. Die Pfändungsverfügung gilt gleichzeitig als Überweisung zur Einziehung; wider Willen des Gläubigers darf ihm die Forderung nicht überwiesen werden, aber ein Pfändungsantrag gilt als Einverständnis mit der Überweisung (§ 916). Die §§ 911 und 912 sind Folgerungen aus dem — unten zu besprechenden — Ausgleichsprinzip: Die Übergabe des Hypothekenbriefes bzw. indossabler Papieren erfolgt zugunsten des Gläubigers an das VollstrGer. Die Überweisung an Zahlungs Statt ist beseitigt, die Überweisung zur Einziehung dahin umgestaltet worden, daß sie dem Gläubiger eine Legitimation in den Fällen gewährt, in denen er zum Zwang gegen den Drittschuldner oder aus anderen Gründen zur Geltendmachung der Forderung eine Legitimation nötig hat. Von den sonstigen Reformen sei noch hervorgehoben, daß das VollstrGer. dem Schuldner die Verpflichtung auferlegen kann, den etwaigen Wechsel des Dienstherrn unverzüglich anzuzeigen, wenn das Diensteinkommen gepfändet ist (§ 914), und daß eine Vorpfändung jetzt auch vom GVollz., und zwar auch mündl. abgeben kann, eine Neuerung, die, durch die Zugriffsmöglichkeit des § 917 ergänzt, Schiebungen in glücklicher Weise entgegenzuwirken vermag (§ 923).

Gegen Schiebungen wenden sich auch zwei radikale Neuerungen (§ 960), bei denen nur die Frage Bedenken erregt, ob die Rechtsbehelfe der Betroffenen ausreichen.

Nach § 960 soll der Zugriff auf das Arbeitsentgelt eines Schuldners auch dann zulässig sein, wenn dieses im voraus unter irgendeiner Bezeichnung einem Dritten zugewendet worden ist. Die Pfändung solcher bisher durch die Fünfzehnhundert-Mark-Verträge dem Gläubigerzugriff vielfach entzogenen Beträge setzt freilich voraus, daß das VollstrGer.

---

[3]) Über ähnliche Erscheinungen in den romanischen Rechtsordnungen **Klausing**, Rechtsvergl. Hdw. III, 390.

[4]) **Wilnjanski**: Ostrecht 1927, 201; **Agarkov**: Ostrecht 1929, 79.

ausdrücklich die Pfändung des dem Dritten zustehenden Forderungsrechts für zulässig erklärt hat, was nach Abs. 3 mit rückwirkender Kraft geschehen kann. Auf Grund dieses als positive Rechtsvoraussetzung anzusehenden Beschl. d. VollstrGer. ist die Pfändung dann so vorzunehmen, „wie wenn das Forderungsrecht dem Schuldner zustände".

Der 2. Abs. des § 960 ermöglicht (ebenfalls erst nach Erlaß eines Beschl. des VollstrGer., der in diesem Falle auch eine bestimmte Höhe der Forderung „feststellen" muß) einen Zugriff des Gläubigers für den Fall, daß eine Arbeitstätigkeit des Schuldners zwar scheinbar unentgeltlich oder gegen eine ungewöhnlich niedrige Vergütung erfolgt, er aber in Wahrheit (sei es auch nur durch Unterhaltsgewährung) mit über die Pfändungsgrenze hinausgehenden Werten entlohnt wird. In diesem Falle soll „die angemessene Barvergütung als dem Schuldner vom Drittschuldner geschuldet gelten". Mit Hilfe dieser Fiktion wird man Schiebungen, die durch scheinbar unentgeltliche Beschäftigung des Schuldners im Betriebe seiner Ehefrau oder seiner Eltern erfolgen, nicht ohne Erfolg bekämpfen (etwaige Bedenken aus § 1617 BGB. sind durch eine ausdrückliche Best. ausgeschaltet).

5. Die Neuregelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wird einer Reform der Immobiliarvollstreckung vorbehalten, nur Einzelheiten werden den neuen Grundsätzen der Zwangsvollstreckung angepaßt. Im Gegensatz zu § 770 wird für die Immobiliarvollstreckung ein besonderer Antrag erfordert (§ 941); in § 944 ist interessanterweise der m. E. nicht geglückte und den materiellrechtl. Rangvorschriften widersprechende Versuch unternommen, das Ausgleichsprinzip auf die Zwangshypothek zu übertragen.

6. Dem Gläubiger wird während dieses ganzen Verfahrens genügender Einfluß gewährt, da ja grundsätzlich seinen Anregungen zu folgen ist. Soweit er zugunsten des Schuldners vorzugehen wünscht, bleibt ihm darüber hinaus seine Stellung als dominus litis in vollem Umfange erhalten: Seinen etwaigen Anträgen auf Einstellung des Verf., Abstandnahme von einzelnen Maßregeln und Aufschub der Durchführung (§ 771) ist stets zu entsprechen. Insbes. kann der Gläubiger also auch einzelne Gegenstände ohne weiteres freigeben, und zwar durch unmittelbaren Antrag beim GVollz. (§ 879); auch die Formalien der Einstellung sind für den Fall, daß sie auf Antrag des Gläubigers erfolgt, erheblich vereinfacht (§ 861).

IV. Das VollstrVerf. nimmt sein normales und dem Ges. erwünschtes Ende mit der Befriedigung des Gläubigers. Nach geltendem Recht besteht kein besonderes VollstrVerf., so daß das Problem seines Abschlusses für den Entw. zum erstenmal auftaucht. Er hat hier überflüssige Förmlichkeiten vermieden. Das Verf. wird, wenn „der Zweck offensichtlich erreicht ist" oder wenn ein entsprechender Antrag des Gläubigers vorliegt, durch einfache Verfügung zu den Akten eingestellt, in anderen Fällen erfolgt Einstellung durch Beschluß (§ 861).

1. Das Ergebnis der Vollstr. kann aber auch negativ sein: die Befriedigung des Gläubigers kann sich mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens als unmöglich herausstellen (§ 863). In diesem Falle ist durch Verfügung das Verf. einzustellen, wobei dann gleichzeitig die Eintragung des Schuldners in die der gegenwärtigen Schwarzen Liste entsprechende Schuldnerliste anzuordnen ist (§ 867). Vorher freilich muß das Gericht alle zur Ermittlung weiterer Haftungsgegenstände geeigneten Schritte getan haben: insbes. muß der Schuldner entweder, was sogleich zu behandeln ist, sein Vermögen offen gelegt haben oder die Erzwingungshaft wegen Verweigerung verbüßt haben, oder es darf ihre Anordnung wegen Fristablaufs nicht mehr zulässig sein (§ 866). Auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind oder das VollstrGer. sich mit einer Vermögenserklärung unter eidesstattl. Versicherung ihrer Richtigkeit begnügt und, weil keine verwertbaren Gegenstände dabei aufgetaucht sind, das Verf. eingestellt worden ist, kann das Verf. jederzeit wieder fortgesetzt werden. Diese Bestimmung ist an sich zu begrüßen. In der Mehrzahl der Fälle wird ihre Verwirklichung freilich in großstädtischen Verhältnissen daran scheitern, daß das Gericht meist nichts über eine etwaige Besserung der Vermögenslage des Schuldners hört, oder wenn es von einer solchen hört, sich nicht mehr daran erinnert, daß noch Restforderungen gegen den betreffenden Schuldner bestehen. Jedoch wird dieses Bedenken teilweise durch die Möglichkeit ausgeschaltet, daß das Gericht zur Sicherung künftiger Vollstr., statt einzustellen, die in Ansehung dieser künftigen Befriedigungsmittel erforderlichen VollstrMaßnahmen treffen kann; sogar Strafdrohungen und Anzeigepflichten sowie Verfügungsverbote können zu diesem Zwecke ausgesprochen werden. Eine Einstellung ist sogar unzulässig, wenn teilweise sukzessive Befriedigung des Gläubigers durch nach und nach fällig werdende Einkünfte des Schuldners erzielt werden kann (§ 865, sog. Dauervollstreckung).

2. Auf die soeben erwähnte Reform des Offenbarungseides ist noch mit einem Worte einzugehen. An Stelle des bisherigen die Erfolglosigkeit der Vollstr. und einen besonderen Antrag des Gläubigers erfordernden Sonderverfahrens bringt der Entw. die Vermögensoffenlegung als Teil des vollstreckungsgerichtl. Ermittlungsverfahrens. Grundsätzlich liegt im Ermessen des VollstrGer., wieweit es von diesem Behelf zur Ermittlung Gebrauch machen will; insbes. kann sich das VollstrGer. mit einer schriftl., unter eidesstattl. Versicherung abgegebenen Vermögenserklärung begnügen. Die eidliche Vernehmung von Schuldnern wird daher viel seltener als bisher erfolgen und kann dann mit der ganzen Gründlichkeit, mit der § 775 rechnet, vorgenommen werden. Da die Pflicht zur Vermögensoffenlegung auf gerichtl. Anordnung beruht, soll in Zukunft die Verweigerung sofort mit einer Ordnungsstrafe belegt werden und, wenn auch dieses Druckmittel fruchtlos ist, auf Antrag des Gläubigers (aber nicht mehr auf dessen Kosten!) die Erzwingungshaft angeordnet werden. Der Schuldner muß also in viel höherem Maße als nach geltendem Recht mit Nachteilen für den Fall der Verweigerung des Offenbarungseides rechnen.

Auch die Umgestaltung der bisherigen Schwarzen Liste (§ 915 g. F.) ist durchaus glücklich. Anregungen, sie künftig beim Gericht des Geburtsortes führen zu lassen, hat der Entw. mit Recht nicht Folge gegeben. Vor allem aber hat er an Stelle der Eintragung der Leistung des Offenbarungseides oder des Erlasses eines Haftbefehls die für Interessenten viel wichtigere Ergebnislosigkeit der Vollstr. gesetzt, wobei der Bruchteil, zu dem eine Befriedigung des Gläubigers gelang, und der Betrag der ungedeckt gebliebenen Forderung einzutragen ist. Eine Löschung nach bestimmter Zeit wird nicht mehr vorgeschrieben; der Entw. begnügt sich mit der Anordnung, daß die Einträge nur zehn Jahre lang aufzubewahren sind. Eine vom Standpunkt des Gläubigers wie des Schuldners glückliche Neuerung bringt die Vorschr., daß die Eintragung durch Unkenntlichmachung des Namens gelöscht werden soll, wenn der Gläubiger nachträglich befriedigt wurde (§ 867), eine vom Standpunkt des Gläubigers und der Gesamtwirtschaft erfreuliche Erweiterung der Publizität der Schwarzen Liste enthält § 868.

V. Bisher wurde nur ein ohne jede Komplikation verlaufendes Verf. untersucht. Wie steht es nun, wenn das Verf. sich durch Beteiligung mehrerer Gläubiger oder dadurch kompliziert, daß Angriffe gegen die Voraussetzungen der Vollstr. erhoben werden?

Betrachten wir zunächst den zweiten Fragenkreis. Als die praktisch wichtigsten Fälle greife ich die VollstrGegenklage (§ 767 g. F.) und die Interventionsklage (§ 771 g. F.) heraus. Um die mit beiden Klagen, die ja oft nur zur Erzielung einer lange währenden vorläufigen Einstellung erhoben werden, verbundenen Mißstände zu beseitigen, will der Entw. diese Streitigkeiten in das VollstrVerf. einbeziehen — eine Reform, die den offensichtlichen Nachteil hat, auf wichtigen Gebieten den Anwaltszwang zu beseitigen. Im übrigen bin ich hinsichtlich des Umfangs, in dem diese Neuerung zur Anwendung gelangen wird, recht skeptisch: Die VollstrGer. werden nicht selten geneigt sein, zu dem bequemen Ausweg einer Verweisung auf den Rechtsweg zu greifen, anstatt diese außerordentlich komplizierten Streitigkeiten selbst zu entscheiden. Wenn auch durch geeignete personalpolitische Maßnahmen und durch einen gewissen Druck seitens der Justizverwaltung hier manches geschehen kann, so sehe ich doch die Hauptfortschritte des Entw. auf diesem Gebiete darin, daß das Unwesen der übermäßig zahlreichen vorläufigen Einstellungen energisch bekämpft wird. Zum besseren Verständnis dessen bedarf es aber zunächst noch eines Blicks auf das vom Entw. neugestaltete System der VollstrVoraussetzungen, das, so kom-

pliziert es äußerlich erscheint, doch geeignet ist, auf dem Gebiet des fehlerhaften VollstrAktes viele Zweifel[5]) zu beseitigen.

1. Der Entw. unterscheidet zwischen Rechts- und Ordnungsvoraussetzungen; erstere sind zwingend, ihr Fehlen führt dazu, daß kein Pfandrecht zur Entstehung gelangt und die Verwertungshandlung nur den gutgläubigen Erwerber zum Berechtigten zu machen vermag (vgl. §§ 882 Abs. 1, 887), während der Akt immerhin Staatsakt bleibt, insbes. die Beschlagnahme strafrechtl. Schutz genießt. Die Ordnungsvoraussetzungen dagegen sind Sollvorschriften (§ 780); ihre Verletzung hindert nicht die Entstehung des Pfandrechts, zwingt aber zu einer ohne Rückwirkung erfolgenden Aufhebung des Pfändungsakts. Durch eine sorgfältige Terminologie wird diese Unterscheidung, die sich natürlich nicht mit dem Gegensatz von verzichtbaren und unverzichtbaren Voraussetzungen deckt, im Ges. durchgeführt. Bei einem VerfGes. ist diese Kunstsprache viel weniger bedenklich als z. B. der oft getadelte Sprachgebrauch des BGB. hinsichtlich der Beweislastverteilung; nur scheint es mir nicht glücklich, daß ein für „unstatthaft" erklärtes Vorgehen gegen eine Mußvorschrift, aber ein für „unzulässig" erklärtes Vorgehen nur gegen eine Sollvorschrift verstoßen soll. Recht- und Ordnungsmäßigkeit ist in jeder Lage des Verf. von Amts wegen zu beachten; über letztere ist stets, über erstere jedenfalls grundsätzlich im VollstrVerf., nicht im Klagewege, zu entscheiden (§ 780). Daneben ist noch zu scheiden zwischen solchen Voraussetzungen, die vorliegen müssen, und solchen, die nicht vorliegen dürfen; auch zwischen diesen beiden Arten von VollstrVoraussetzungen (positive bzw. negative oder VollstrHindernisse) wird terminologisch sorgfältig geschieden. Die positiven oder eigentlichen VollstrVoraussetzungen müssen offenkundig oder nachgewiesen oder durch einen Beschl. des VollstrGer. festgestellt sein; die Abwesenheit der VollstrHindernisse (z. B. zwischenzeitlicher Tilgung, Eigentum eines Dritten an der im Schuldnergewahrsam gepfändeten Sache) wird zunächst vermutet, und nur bei Vorliegen ausreichender Anhaltspunkte oder auf Geltendmachung seitens der an ihrer Berücksichtigung interessierten Partei hin werden Ermittlungen in dieser Richtung angestellt.

2. Zu diesen negativen Voraussetzungen gehören auch die Tatbestände der §§ 767, 771 g. F. ZPO. Wird auf Grund dieser Tatbestände künftighin vorgegangen, so hat in weit größerem Umfange als bisher das VollstrGer. über die vorläufige Einstellung zu beschließen. Die §§ 869—871 regeln die bisher in zahlreichen Paragraphen beantworteten Rechtsfragen in glücklicher Weise. Dadurch, daß die Anfechtung des Beschl. ausgeschlossen wird (während Abänderung von Amts wegen nicht verboten sein soll), wird ebenso für eine Beschleunigung gesorgt, wie durch die Vorschrift, daß das VollstrGer. keine bei ihm schwebende Sache ohne Stellungnahme zur vorläufigen Einstellung dem Streit- oder Beschwerdegericht vorlegen darf (§§ 781, 840). Die heute verbreitete Unsitte, nur zur Erzielung einer vorläufigen Einstellung Angriffe gegen die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung zu erheben, wird dadurch zum großen Teil verschwinden.

Dem Ziele einer beschleunigten Durchführung der Vollstreckung dient auch die erhebliche Erweiterung des § 805 g. F. durch den neuen § 886. Soweit diese Erweiterung hinsichtlich des Objektes, nämlich auch auf andere Gegenstände als Sachen, erfolgt, wird man sie billigen. Ebenso entspricht die Erleichterung der Voraussetzungen, unter denen künftig das Recht des Dritten beachtet werden soll, wirtschaftl. Bedürfnissen und ist vom Standpunkte des Entw. aus, der möglichst Klagen Dritter vermeiden will, nur folgerichtig. Nunmehr soll das Recht des Dritten (ohne Rücksicht auf seine Fälligkeit; ohne Abzug von Zwischenzinsen?) bei der Verteilung des Erlöses berücksichtigt werden (der Entw. sagt wenig glücklich: „entsprechend" berücksichtigt werden), wenn das Recht durch einen Beschl. des VollstrGer. anerkannt worden ist. Gegen den Beschl. ist die besondere VollstrBeschw. nach §§ 842, 843 gegeben. Wenn ein förmliches Verteilungsverf. unterblieben ist (was nach § 934 oft der Fall ist), so kann bis zum Abschluß des VollstrVerf. ein irrtümlich nicht berücksichtigtes Vorzugsrecht durch Erinnerung (§ 844) und nach deren Ablehnung durch besondere VollstrBeschw. (§§ 842, 843) geltend gemacht werden.

Der Entw. will den § 805 g. F. auf Sicherungsübereignung und (ein gesetzestechnisch schlecht umschriebener Tatbestand!), „wenn die Tilgung der Schuld so weit fortgeschritten ist, daß bei verständiger Würdigung der Sachlage ein berechtigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann", auch auf den Eigentumsvorbehalt ausdehnen. Daß das Gesetz hier eine praktisch außerordentlich erhebliche, tief ins bürgerl. Recht eingreifende Reform vorschlägt, scheint nicht völlig erkannt worden zu sein. Andernfalls wäre es nicht verständlich, daß sich die Begründung mit der lakonischen Rechtfertigung begnügt, die Reform erfolge „wegen Gleichheit der Sachlage". Ich kann diese Gleichheit nicht anerkennen, obwohl der Entw. mit dieser Neuerung Gedankengängen folgt, wie sie in der Wissenschaft namentlich Hellwig und in den letzten Jahren Hoeniger, in der Rspr. das bekannte Gutachten RFH. 19, 163 ff. geäußert haben. Daß dagegen fremde RechtsO. (abgesehen vom schweiz. Recht) beim Eigentumsvorbehalt eine Intervention zulassen, habe ich in meinem Buch „Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft" S. 163 ff. dargelegt; wegen der Sicherungsübereignung, wo sich dasselbe Bild ergibt, verweise ich auf das rechtsvergleichende Material bei Cohn „Reform des Interventionsprozesses" S. 15 ff. Wirtschaftlich erweckt die vorgeschlagene Neuerung außerordentlich große Bedenken: Für die Interessen der Vorbehaltseigentümer habe ich dies a. a. O. S. 163 gezeigt, für die Sicherungsübereignung legt Cohn S. 9 ff. dies überzeugend dar. Das Ziel des Entwurfs, den Anreiz zu Schiebungen zu beseitigen und zu verhindern, daß der Schuldner sich jeder Zwangsvollstreckung entzieht, wird auf diesem Wege nicht erreicht werden. Nur sehr selten wird die regelmäßig noch immer zu einer Verschleuderung von Werten führende Zwangsvollstreckung einen Übererlös ergeben, jedenfalls in denjenigen Fällen der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts, in denen sich die zur Reform drängenden Mißstände bisher gezeigt haben; nur an dem Übererlös aber hat der Vollstreckungsgläubiger wirklich ein Interesse. Alles andere betrifft nur das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem durch Eigentum gesicherten Gläubiger, in das einzugreifen für die Gesetzgebung zur Zeit kein Anlaß besteht.

Zu begrüßen ist dagegen die Bestimmung, daß der Schuldner der Befriedigung des durch Eigentum gesicherten Gläubigers nicht widersprechen kann; die angesichts des geltenden Rechts bestehenden, freilich nicht unlösbaren, Schwierigkeiten (vgl. mein „Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft" S. 90 f.) werden dadurch beseitigt.

VI. Betrachten wir jetzt die Komplikationen, die bei einer Mehrheit von VollstrGläubigern sich ergeben, mag nun von vornherein mehr als ein Gläubiger beteiligt gewesen sein, oder mag erst nachträglich sich die Gläubigermehrheit ergeben haben. Hierfür bringt der Entw. die große Neuerung einer Einführung des Ausgleichsprinzips anstatt des gegenwärtig geltenden Präventionsprinzips und Hand in Hand damit eine Erleichterung der Anschlußpfändung (§ 882) sowie eine Neuregelung der Konkurrenz zwischen Pfändungspfandrecht und rechtsgeschäftlich bestellten Recht (§ 885). Diese Neuerung verdient besondere Beachtung und grundsätzliche Zustimmung.

1. Zunächst ist festzuhalten, daß der Entw. nicht das reine Ausgleichsprinzip (Prinzip der Verlustgemeinschaft) bringt, sondern einen Mittelweg einschlägt. Zwischen dem System des Entw. und dem Rechtszustand in den romanischen Rechtsordnungen (die ihrerseits auch nicht folgerichtig das System der Verlustgemeinschaft durchführen, sondern mindestens bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen davon abweichen) bestehen also ebensowohl Unterschiede wie gegenüber dem schweizerischen Recht (Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs von 1899), das gegen Kaufleute nur den Konkurs als Vollstreckungsart zuläßt und im übrigen eine Mischung von Präventions- und Ausgleichsprinzip mit stärkerer Hinneigung zu letzteren darstellt. Gegen die Regelung unseres geltenden Rechts spricht der Gedanke, daß es an ernsthaften Gründen für die Bevorzugung des zuerst pfändenden Gläubigers fehlt. Die Motivierungen, welche die

[5]) Vgl. die Übersicht über die Rspr. bei Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, Beiträge zum Zivilprozeß Heft 7.

Motive der alten ZPO. (S. 422 ff., namentlich S. 449) gaben, werden mit Recht von der „Begründung" zurückgewiesen: Mit der Frage leichtsinniger Kreditgewährung und Säumnis bei der Einziehung einer fremden Schuld hat unser Problem nichts zu tun. Außer dieser negativen Erwägung spricht zugunsten des Entw. namentlich, daß ein folgerichtig durchgeführtes Ausgleichsprinzip einen Run auf den in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Schuldner mildert und auch in der abgeschwächten Form des Entw. (zu der sich dieser mit Recht entschloß, weil sonst die Verteilung des Erlöses notwendigerweise stets beim VollstrGer. hätte erfolgen müssen) den Vorzug hat, daß konkursähnliche Befriedigung ermöglicht wird. Dadurch (i. Verb. m. der vorgeschlagenen Erleichterung des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkurses [§§ 857 ff.]) wird der Anreiz zu zahlreichen sachlich nicht erforderlichen Konkursverfahren genommen und überdies ein großer Teil der Unzuträglichkeiten beseitigt, die sich heute bei der Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse ergeben.

Sehr richtig ist es, daß dem alten Gedanken einer Besserstellung des zuerst zur Vollstr. gelangenden Gläubigers aber immerhin in gewissem Umfange, nämlich durch die Einführung von Gruppen Rechnung getragen wird, innerhalb deren dann doch das Prioritätsprinzip gilt. Die gewählte Frist von zehn Tagen ist willkürlich, aber praktikabel. Sehr mit Recht wird der Fehler des schweizerischen Rechts vermieden, diese Frist zugleich zu einer Abwartefrist zu machen; vielmehr geht das VollstrVerf. auch innerhalb dieser Frist weiter.

Natürlich steht die Einführung des gemilderten Ausgleichsprinzips im engen Zusammenhang mit dem erweiterten Aufgabenkreis des VollstrGer., wenngleich die Äußerung der Begr. (S. 430), die Zeitfolge hänge „nurmehr in untergeordnetem Maße vom Willen der beteiligten Gläubiger ab", übertrieben ist und ich auch **Walter Fischer** (JW. 1931, 2543) nicht zustimmen kann, wenn er die Abkehr vom reinen Prioritätsprinzip als „eine mehr theoretische Verstärkung der Gründe für die vorgeschlagene behördliche Zentralisierung" bezeichnet. Richtig ist freilich, daß eine nicht unerhebliche Minderung des staatlichen Haftungsrisikos herbeigeführt wird.

2. Einige von den Ausstrahlungen der Neuerungen hat der Entw. erkannt und darum die Regeln über die Anschlußpfändung durch § 883 Abs. 2 zweckmäßig umgestaltet, auch eine Umgestaltung der Konkursordnung i. S. einer Versagung des Absonderungsrechtes und einer Unwirksamkeit der in einer gewissen Sperrfrist entstandenen und schon erledigten Pfändungspfandrechte in Aussicht gestellt. Dagegen hat man übersehen, daß das Verbot der Überpfändung (§ 881) doch nur für den Fall aufgestellt werden dürfte, daß nach Ablauf der zehntägigen Frist ein Hinzutritt weiterer Gläubiger nicht mehr möglich ist (nicht überzeugend Begr. S. 518).

Sehr bedenklich ist in diesem Zusammenhange eine Folgerung aus dem Ausgleichsprinzip im § 885, durch die ein gefährlicher Einbruch in die Rechtssätze über den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten herbeigeführt wird (was die Begr. S. 523 nicht zu erkennen scheint). Derjenige, dem vom Schuldner an einem gepfändeten Gegenstande ein Recht eingeräumt ist, soll auch im Falle der Gutgläubigkeit den Pfändungspfandrechten nachstehen; ja, sogar ein einem gutgläubigen Dritten am noch nicht gepfändeten Gegenstande eingeräumtes Recht steht den später, aber innerhalb der zur Zeit der Rechtseinräumung laufenden Zehntagefrist entstandenen Pfändungspfandrechten nach, so daß also jede z. B. der Rechtseinräumung laufende Pfändung hinsichtlich des gesamten Vermögens Verfügungsbeschränkungen nach sich zieht; eine namentlich für den kaufmännischen Verkehr völlig untragbare, dem sonst vom Entw. sorgsam beachteten Gedanken eines vernünftigen Schuldnerschutzes widersprechende Vorschr.!

VII. Die Stellung des VollstrGer. steht, wie die bisherigen Darlegungen erkennen lassen, durchaus im Vordergrunde der ganzen Reform. Mit ihr hängt zusammen nicht nur die (hier nicht zu erörternde) Neugestaltung des Mahnverfahrens sowie die Umgestaltung der Interventions- und Anfechtungsprozesse, sondern auch die Einführung des (abgeschwächten) Ausgleichsprinzips an Stelle des jetzt geltenden Präventionsprinzips, die auf Beseitigung der zahlreichen Fälle ungerechtfertigter Einstellung der Vollstr. gerichteten Änderungen sowie das Schuldnerschutzverfahren mit seiner grundlegenden Unterscheidung zwischen gutwilligen und böswilligen Schuldnern, auch die Reform des Offenbarungseides. Die Erweiterung der Befugnisse des VollstrGer. bedeutet eine Annäherung an das österreichische, altpreußische und schweizerische System. Von den beiden zuletzt genannten Rechten unterscheidet sich die vorgeschlagene Regelung jedoch durch die größere Selbständigkeit des GVollz., die Möglichkeit unmittelbarer Beziehungen zum Gläubiger und den Wegfall des Antragserfordernisses in zahlreichen Fällen, während der Entw. vom schweizerischen Recht namentlich hinsichtlich der VollstrVoraussetzungen, der Ersparung zahlreicher Klagen während des VollstrVerf. und der Beibehaltung des GVollz. abweicht. Angesichts der zentralen Stellung der Normen über das VollstrGer. hängt die Stellungnahme zum Entw. hinsichtlich seines 9. Buches vor allem davon ab, ob man dieser grundlegenden Neuerung zustimmt und mit der Begr. der Ansicht ist, daß es nicht angeht, die neuen Machtbefugnisse dem GVollz. zu übertragen.

1. Ich stimme dieser Ansicht durchaus zu und glaube nicht an den Nutzen der von vielen Seiten als Allheilmittel geforderten Einführung der freien GVollzWahl. Die Ausführungen der Begr. (S. 406), die sich (aus naheliegenden Gründen) vielfach an die Darlegungen **Sauerländers** im Judicium I S. 88 ff. anschließen, erscheinen vollkommen einleuchtend. Schuldnerinteressen und Interessen der Gesamtwirtschaft könnte der freigewählte GVollz. niemals wahrnehmen; daß auch die Gläubigerinteressen nicht durch ihn gefördert werden könnten, weil sein Druck notwendigerweise stärksten Anreiz zu allerlei Schiebungen ausübt, weil er weniger gut vertraut sein kann mit den Verhältnissen als der BezirksGVollz., weil die tief im Wesen der Sache wurzelnde und letzten Endes gerade die Interessen des Gläubigers zugute kommende Unterscheidung zwischen gutwilligen und böswilligen Schuldnern niemals durch ihn erfolgen kann — alles dieses scheint mir zweifellos, ganz zu schweigen von den außerordentlich schweren dienstlichen Nachteilen, um derentwillen Preußen und Bayern um die Jahrhundertwende das System des freigewählten GVollz. aufgaben. Auf die ideengeschichtl. Zusammenhänge, die der Einführung eines Offizialprinzips für die Vollstr. zugrunde liegen, hat bereits **Goldschmidt** oben S. 2448 hingewiesen. Können somit die gegenwärtig zweifellos bestehenden Mißstände nicht durch die Einführung der freien GVollzWahl behoben werden, so bleibt nur die Möglichkeit, den vom Entw. betretenen Weg zu gehen, es sei denn, daß **Walter Fischers** Ansicht (oben S. 2542) zu billigen wäre, der lieber die Aufgaben des VollstrGer. durch die freie Anwaltschaft oder aber durch eine Verwaltungsbehörde wahrnehmen zu lassen vorschlägt.

Was den zweiten Gedanken angeht, so sollte man nicht unterschätzen, wie wichtig gerade bei dem gesteigerten Aufgabenkreis des VollstrGer. die richterl. Unabhängigkeit in bewegten Zeiten ist; auch **Fischer** teilt offenbar letzten Endes diese Ansicht. Man darf aber auch auf der anderen Seite sich nicht darüber täuschen, daß diese Funktion nicht mit Aussicht auf Erfolg in die Hand der Anwaltschaft gelegt werden kann. Gewiß soll nicht verkannt werden, daß der gewissenhafte Anwalt oft außerordentlich mäßigend und beruhigend auf seinen Mandanten einwirkt, so daß eine gewisse Berücksichtigung auch der schuldnerischen und der gesamtwirtschaftl. Interessen von ihm durchaus zu erwarten stände. Aber er ist doch vor allem verpflichtet, die Interessen seines Mandanten wahrzunehmen, und diese Stellung ist mit der Rolle eines Schlichters zwischen dem Klienten und dem Gegner unvereinbar. Außerdem wäre es wohl ein Gebot der Gerechtigkeit, dem Anwalt des Schuldners einen gewissen Einfluß auf die Vollstr. ebenfalls zuzubilligen. Und wie steht es schließlich mit einer nicht von Anwälten vertretenen Partei? Sollte aber **Fischer** mit seiner interessanten Anregung an Einrichtungen wie die „Vollstreckungshilfe der Berliner Anwaltschaft GmbH." denken, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein grundsätzlicher Verzicht des Staates auf Bereitstellung der zur Durchführung seiner Urt. erforderlichen Organe für den Geist unserer Zeit untragbar ist. Wenn man aber selbst von diesem grundsätzlichen, von der Einstellung des einzelnen zu dem Gesamtproblem der Staatsaufgaben abhängenden Gesichtspunkt absieht, so bleibt noch die Erwägung: Wozu neue Or-

ganisationen unter großen Schwierigkeiten schaffen, wenn alte vorhanden und ohne Mehrkosten umzugestalten sind? Ohne Mehrkosten? Gerade Bedenken in der Kostenfrage wiegen ja heute bei Reformen doppelt schwer. Der Entw. schneidet diese Frage auch an und meint, daß zwar die Geschäftsbelastung der AG. in mancher Hinsicht steigen, aber infolge der Rationalisierung des VollstrWesens, der Erschwerung des Widerspruches gegen einen Zahlungsbefehl (§ 807), der Beseitigung der Interventions- und VollstrGegenklage sowie der Umgestaltung des Anfechtungsrechts die Geschäftsbelastung der Ziviljustizbehörden insgesamt wahrscheinlich nicht größer werden würde. Ich halte das für zutreffend und möchte überdies annehmen, daß zahlreiche Erinnerungen (§ 766 g. F.) wegfallen werden, weil der Gläubiger sich dieses Mittels gegenwärtig in weitem Umfange bedienen mußte, um Anweisungen des VollstrGer. an den GVollz. herbeizuführen. Auch die bevorstehende Beschleunigung des Interventionsverfahrens, vor allem die Gewißheit, daß nicht ohne weiteres mit der (nach geltendem Recht ziemlich sicheren!) vorläufigen Einstellung zu rechnen sei, wird zu einem Rückgang der Geschäftsbelastung führen[6]).

Der Entw. gibt dem VollstrGer. weitgehend freie Hand, indem die neuen Vorschr. zum großen Teil auf das Ermessen der VollstrGer. abstellen — eine glückliche Regelung (unter der sogleich noch zu besprechenden Voraussetzung der richtigen Besetzung), weil nur dadurch für die erforderliche Beweglichkeit und Schlagfertigkeit gesorgt wird. Wie sehr das auch gerade im Wesen der Vollstr. liegt, zeigt der Umstand, daß die von ausgezeichneten Sachkennern des VollstrWesens aufgestellten Geschäftsbedingungen der VollstrHilfe der Berliner Anwaltschaft ausdrücklich im § 3 die Generalklausel enthalten: „Die Behandlung des Auftrages unterliegt dem Ermessen der V. H."

2. Die dem VollstrGer. neuer Ordnung, für das man an den Namen VollstrAmt oder — nach schweizerischem Muster — Betreibungsamt denken könnte, gestellte außerordentliche hohe Aufgabe, „VollstrVerschleppung und VollstrFlucht mit allen Mitteln zu verhindern und lebensfähige Wirtschaftskräfte auch auf der Schuldnerseite nicht dem völligen Verfall preiszugeben, wenn dies ohne Schädigung der Gläubiger vermeidbar ist" (Begr. S. 408), kann aber nur erfüllt werden, wenn die personellen Voraussetzungen gegeben sind. Daran jedoch mangelt es.

Die unglückselige Teilung der Geschäfte des VollstrGer. zwischen dem Richter, dem nach § 1023 nur bestimmte Geschäfte vorbehalten sind, und dem Rechtspfleger ist das Gegenteil der vom Entw. wiederholt versprochenen „Rationalisierung". Zu bedauern ist auch, daß der Entw. offenbar nicht die Bedenken sieht, die sich aus der Umgestaltung der Verf. aus §§ 767 g. F., 771 g. F. sowie der Anfechtungsprozesse insofern ergeben müssen, als für eine große Zahl dieser oft tatsächlich und rechtl. schwierigen Streitigkeiten die wertvolle Hilfe der Anwaltschaft ausgeschaltet wird. Der einfache Gedanke, daß eine gute Vorbereitung durch die Anwaltschaft das beste Mittel zur Entlastung der Gerichte und zur Verbesserung der Rechtspflege ist, wird vom Entw. keineswegs genügend beachtet (wie er ja denn überhaupt den Arbeitsbereich der Anwaltschaft unnötig weiter einengt). Ebenso wie die Praxis nicht ohne Schaden die Abschnürung der Anwaltschaft (welche trotz der Vorschr. über die besondere VollstrBeschw. im gewissen Umfang der Fall sein wird) von weiten Teilen des VollstrRechts überstehen kann, ebenso wird sie unter der Kompetenzverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger leiden. Sollen sich die heute schon nicht seltenen Schäden des Nebeneinanders von Rechtspfleger und Richter in VollstrSachen in gesteigertem Umfange wiederholen, noch verschärft dadurch, daß angesichts der vom Entw. geplanten reichsrechtl. Sanktionierung des Rechtspflegeramtes nicht so leicht wie bisher Kompetenzschwierigkeiten ausgeglichen werden können? Von der unnötigen Komplizierung unseres ohnehin so verwickelten Aufbaues der Gerichtsbehörden ganz zu schweigen! Gerade bez. der in VollstrSachen den Rechtspflegern vom Entw. zugewiesenen Angelegenheiten wird es vielmehr richtiger und ehrlicher sein, den größeren Teil dieser Geschäfte einfach zu solchen der Geschäftsstelle zu erklären, wie man durch die Nov. von 1909 die Kostenfestsetzungsbeschlüsse und die Erteilung des VollstrBefehls zu Bürogeschäften machte. Jedenfalls wird sich die Zentralisierung der gesamten Vollstr. beim VollstrGer., auf die der Entw. mit Recht so großes Gewicht legt, nicht in der gehofften Weise auswirken können, wenn schwierige reichsgesetzl. Kompetenzabgrenzungen zwischen Richter und Rechtspfleger bestehen, wie sie § 1023 mit seinen (etwa fünfzig Fälle enthaltenden!!) elf Ziffern vorsieht.

Aber beide Fragen, diejenige nach dem Arbeitsgebiet der Anwaltschaft und diejenige nach dem Rechtspflegeramt müssen im größeren Zusammenhange betrachtet werden. Ist es in einer Zeit ungeheurer Not vieler junger Juristen, aber auch vieler älterer Anwälte, noch tragbar, dem Juristenstand Aufgaben zu entziehen und diese von Persönlichkeiten wahrnehmen zu lassen, welche nicht dieselbe Vorbildung aufweisen, als die in überreicher Zahl vorhandenen Vollqualifizierten, die man von diesen Aufgaben ausschließt?

Wer diese Frage mit mir verneint, muß gegen jede Betätigung von „Rechtsbeiständen" sein, und sich ebenso gegen die reichsrechtl. Schaffung des Rechtspflegeamtes aussprechen — wobei es mir vollkommen fernliegt, die oberen Justizbeamten mit den Rechtskonsulenten auf eine Stufe zu stellen. In beiden Richtungen übersieht der Entw. m. E. die **gegenwärtige** Lage des Juristenstandes nicht völlig; sonst hätte der Entw. endlich das Anwaltsmonopol gebracht und davon abgesehen, den Rechtspfleger zur Dauereinrichtung zu machen. Was die Begr. S. 292 gegen die Einführung des Anwaltszwangs bei größeren amtsgerichtl. Objekten ausführt, ist nicht überzeugend und trifft jedenfalls nicht den Vorschlag eines Anwaltsmonopols. Was die Begr. S. 265 für die Einführung der **Rechtspfleger** vorzubringen hat, ist bei genauerem Hinsehen nur der Hinweis auf den „dringenden Wunsch der Rechtspfleger, daß ihrer besonderen Tätigkeit neben der des Urkundsbeamten eine klare reichsgesetzl. Grundlage gegeben wird". Sachlich scheint mir die letztere Reform nur der erste gefährliche Schritt zur Schaffung eines „Richters zweiter Klasse" zu sein und darüber hinaus wesentliche Mehrkosten zu bringen: Wenn nunmehr reichsgesetzl. zahlreiche Aufgaben des VollstrGer. dem Rechtspfleger übertragen werden, so zwingt dies zur Ernennung von Rechtspflegern ohne jede Rücksicht auf das örtliche Bedürfnis, — eine namentlich für kleinere AG. außerordentlich bedenkliche Neuerung! Wenn als Grund dafür Ersparnisgesichtspunkte angegeben werden sollten (was die Begr. mit Recht vermeidet), so ist gegenwärtig zweifellos angesichts der ungeheuren Zahl beschäftigungsloser, stets von neuem in das ohnehin übervolle Reservoir der Anwaltschaft quillender Assessoren das Gegenteil richtig. So paradox es klingt: es bestände jetzt die Möglichkeit, aus dem Dienst scheidende Rechtspfleger — die ja meist das Endgehalt ihrer Gruppe haben — durch weitaus billigere Kräfte, nämlich junge Assessoren zu ersetzen!

Die Einführung des **Anwaltsmonopols** würde ebenfalls nicht nur der Güte der Rspr., sondern durch Entlastung der Richter auch dem Justizfiskus zugute kommen.

VIII. Würdigen wir den Entw. unter Berücksichtigung der Ziele, die er sich selbst gesteckt hat, so erscheint die Aussicht, daß er bei Beseitigung der ihm noch anhaftenden Mängel diese Ziele im wesentlichen erreichen wird, sehr groß. Hinsichtlich des Gläubigerschutzes wurde dies schon vielfach im Verlauf der Darstellung betont. Insbes. wirkt sich die Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, der Wegfall der Last, zahlreiche Anträge zu stellen, sowie viele Einzelvorschriften (namentlich die Erleichterung der Forderungspfändung, der energische Kampf gegen Gehaltsschiebungsverträge, die Möglichkeit der Pfändung von Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestande) zugunsten des Gläubigers aus.

Aber auch um den Schuldnerschutz ist der Entw. in anerkennenswerter Weise bemüht — ein Urt., das durch einzelne so verfehlte Vorschr. wie den § 885 nicht beeinträchtigt wird. Die richtige Unterscheidung zwischen dem böswilligen Schuldner und dem zahlungswilligen, aber nicht zahlungsfähigen Schuldner wird in fruchtbarer Weise durchgeführt. Durch das förmliche Schuldnerschutzverfahren der §§ 950—954, wonach das VollstrGer. ein gütliches Übereinkommen über die Ab-

---

[6]) Einige Angaben über die (jedem Praktiker geläufige) Höhe der durch die Interventionsprozesse hervorgerufenen Belastung bei **Cohn**, Reform des Interventionsprozesses (Prozeßrecht Abh. Heft V) S. 5.

wicklung des Schuldverhältnisses vermitteln und damit eine Art VerglVerf. im kleinen durchführen kann, werden neue Wege eingeschlagen. Daß (selbst wider den Willen des Gläubigers!) dem Schuldner, „um den Verfall seiner Wirtschaftskraft hintanzuhalten" (§ 952), vom VollstrGer. Zahlungsfristen gewährt werden können, „wenn dies unter Berücksichtigung aller Umstände angemessen erscheint und die wirtschaftl. Lage des Gläubigers nicht gefährdet wird", verdient ebenfalls Zustimmung. Auch abgesehen von dem förmlichen Schuldnerschutzverfahren fehlt es nicht an Vorschr. zum Schutze des Schuldners. Kennzeichnend für den Geist des ganzen Entw. ist in dieser Hinsicht das durch § 872 neueingeführte Verbot von VollstrHandlungen, wenn diese „auch unter Berücksichtigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers eine mit den allg. Sittlichkeitsbegriffen unvereinbare Härte bedeuten". Hierhin rechnet der Paragraph insbes. solche VollstrMaßregeln, die „das Leben oder die Gesundheit des Schuldners oder seiner Angehörigen unmittelbar gefährden würden". (Mit Hilfe dieses weitgefaßten Grundsatzes wird die Entsch. eines Falles erleichtert, wie er mir während meiner Tätigkeit als VollstrRichter einmal vorkam, nämlich die Frage der zwangsweisen Räumung einer Wohnung, wenn die Ehefrau des Mieters kurz vor ihrer Niederkunft steht.)

Ferner gelten auch weiterhin die Verbote der Überpfändung (freilich angesichts des Ausgleichsprinzips eine nicht ganz verständliche Norm) und der zwecklosen Pfändung (§§ 881, 957). Die Liste des § 955 erweitert den Katalog des § 811 g. F. in mehreren Punkten, z. B. hinsichtlich der Unpfändbarkeit von Wohnlauben und von den einem geistigen Arbeiter zur Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenständen. Ferner wird — mit Recht! — nach den §§ 958, 959, 956 das nichtfundierte Arbeitseinkommen jeder Art, auch wenn es nicht in festen Bezügen besteht, geschützt und der zur Tilgung der danach geschützten Forderung ausgezahlte Geldbetrag ebenfalls dem Zugriff des Gläubigers entzogen.

Der Gesamteindruck, den das VollstrRecht des Entw. bei dem kritischen Betrachter hinterläßt, ist außerordentlich günstig. Als schöpferische Tat, welche die bestehenden Mängel des VollstrWesens erheblich zu mildern geeignet ist, verdient das 9. Buch des Entw. die freudige Begrüßung aller Juristen und ihre tatkräftige Mitarbeit zur Beseitigung der Mängel, die vielen Einzelbestimmungen noch anhaften.

Recht der Notverordnungen.

Die neuen Vorschriften über das Armenrecht.

(Teil VI Kap. I § 11 der VO. vom 6. Oktober 1931, RGBl. I, 537.)

I.

Von Ministerialrat Dr. Jonas, Berlin.

Die Inanspruchnahme des Armenrechts (AR.) hat in den letzten Jahren einen derartigen Umfang angenommen, daß sie nachgerade zu einem akuten prozeßpolitischen Problem ersten Ranges geworden ist, nicht nur für die unter dem Drucke der finanziellen Sorgen stehenden Länder, sondern ebenso oder vielleicht noch in stärkerem Maße für die Wirtschaft. Denn was beim AR. auf der einen Seite Wohltat ist, bedeutet auf der anderen Seite eine mit erheblichen, regelmäßig nicht wieder einbringlichen pekuniären Opfern verbundene Zwangslage. Was man jahrzehntelang in mäßigem Umfange hinnehmen konnte, wird unerträglich, wenn es Massenerscheinung wird, und das AR. ist im Laufe der letzten Jahre zur Massenerscheinung geworden.

Wenn sich die RPräsVO. v. 6. Okt. d. J. bemüht, den auf dem Gebiete des Armenprozesses unleugbar bestehenden Mißständen zu begegnen, so sind sich die Verfasser der Vorschriften nicht im Zweifel darüber gewesen, daß hier das Gesetz nicht von sich aus Wandel schaffen, sondern nur eine Handhabe geben kann, die es der Gerichtspraxis ermöglicht, aus sich heraus einen Wandel zu vollziehen.

Der den neuen Vorschriften zugrunde liegende allgemeine Gedanke ist der: nur dann soll eine Partei die Vergünstigung der risikolosen Prozeßführung genießen, wenn eine andere, nicht das AR. beanspruchende Partei unter den gleichen Verhältnissen vernünftigerweise den Prozeß führen würde. Als Ersatz für die Hemmungen, die sich sonst ohne weiteres aus dem Kostenrisiko ergeben, ist das abwägende richterliche Ermessen eingeschaltet. Wenn auch vielfach in neueren Entscheidungen dieser Gedanke bereits anklingt, so stand doch, worüber nach der Fassung des § 114 kein Zweifel bestehen kann, das bisherige Gesetz grundsätzlich auf anderem Standpunkt: nur dann, wenn sicher ist, daß die Partei durch die Verweigerung des AR. die Gefahr eines Rechtsnachteils nicht läuft, sollte ihr das AR. versagt sein. Anders jetzt: nur dann soll der Apparat der Rechtspflege unentgeltlich in Anspruch genommen und der Gegner dem risikolosen Prozeßangriff ausgesetzt werden dürfen, wenn der Angriff nach Auffassung des objektiv betrachtenden Dritten, des Richters, Aussicht auf Erfolg bietet und außerdem aus als vernünftig anzuerkennenden wirtschaftlichen Erwägungen erfolgt. Wenn sich die Neufassung auch bewußt eng an die bisherige Fassung anlehnt, so handelt es sich doch um eine ganz prinzipielle Änderung: das Gesetz fordert von dem Richter eine wesentlich andere Grundeinstellung. Den Vorwurf des Unsozialen wird man der neuen Regelung nicht machen können: gewiß wird die Möglichkeit hemmungsloser Rechtsverfolgung wesentlich eingeschränkt; aber bisher war eben hinsichtlich der Rechtsverfolgung die arme Partei wesentlich besser gestellt als die, der das AR. aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen versagt war; und das war gerade das sozial Unbillige der bisherigen Regelung, daß hier eine Vergünstigung in unsachlich weitem Umfange zu Lasten anderer gegeben war.

I. Die materiellen Voraussetzungen des AR.

1. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung muß positiv Aussicht auf Erfolg bieten, d. h. das Gericht muß den Rechtsstandpunkt des Gesuchstellers für zutreffend, bei schwieriger, auf Grund der vorhandenen Unterlagen noch nicht bestimmt zu übersehender Rechtslage zum mindesten für vertretbar halten, und in tatsächlicher Hinsicht auf Grund der angestellten Erhebungen (unten II) wenigstens von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt sein.

In Frage steht allemal die konkrete Rechtsverfolgung vor dem angegangenen Gericht. Die Prüfung der Aussichten umfaßt demnach insbes. auch die Gerichtszuständigkeit: die Rechtsverfolgung vor einem sachlich oder örtlich unzuständigen Gericht bietet nicht schon dann Aussicht auf Erfolg, wenn eine Prorogation rechtlich möglich ist, sondern nur dann, wenn sie mit Sicherheit zu erwarten steht; anders die vorherrschende Praxis unter der bisherigen Regelung. Weiter muß das von dem Gesuchsteller beabsichtigte Vorbringen prozessual zulässig sein; so ist z. B. das während des Rechtsstreits nachgesuchte AR. zu versagen, wenn nach der Prozeßlage die Zurückweisung des Vorbringens nach §§ 279, 529 Abs. 2 sicher zu erwarten ist (so auch Stettin: JW. 1930, 190).

Maßgebend ist allein die eigene Auffassung des angegangenen Gerichts. So haben z. B. der Umstand, daß in einer bestrittenen Rechtsfrage andere Gerichte auf abweichenden Standpunkte stehen, und die Erwägung, daß sich u. U. das BG. der gegenteiligen Ansicht anschließen könnte, regelmäßig auszuscheiden; mag dann gegebenenfalls der Ge-

suchsteller das AR. im Wege der Beschwerde bei der höheren Instanz nachzusuchen. In dieser Hinsicht ist wesentlich der bereits durch die RPräsVO. v. 1. Dez. 1930 bestimmte Ausschluß der Beschwerde gegen die Armenrechtsversagung seitens des BG.: es war in der Tat ein Unding, daß das OLG. zunächst in der Beschwerdeentscheidung die Rechtsansicht des LG. reprobieren konnte, um dann u. U. seinerseits wieder vom LG. in der auf die Berufung ergehenden endgültigen Entscheidung reprobiert zu werden.

2. Die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung darf nicht mutwillig sein. Doloses oder frivoles Verhalten ist dabei zweifellos nicht vorausgesetzt. Das war an sich schon unter dem bisherigen Recht die Auffassung der Rspr.; aber der Sinn, den der Sprachgebrauch des täglichen Lebens mit dem Worte „mutwillig" verbindet, enthält einen gewissen moralischen Tadel, und diese in dem Worte liegende Nuance hat doch schließlich im Endergebnis die Anwendung der Vorschrift stark in restriktivem Sinne beeinflußt. Diese Schattierung ist jetzt dem Worte „mutwillig" durch die erläuternde Begriffsbestimmung „insoweit als anzunehmen ist, daß eine nicht das AR. beanspruchende Partei bei verständiger Würdigung aller Umstände des Falles von einer Prozeßführung absehen würde" genommen. Das Wort „mutwillig" besagt danach jetzt — ohne jeden Anklang an eine moralische Mißbilligung — nichts anderes als „für den vernünftig wirtschaftlich Denkenden sachlich nicht veranlaßt". Das AR. ist demgemäß für eine Klage zu versagen, die sich als unveranlaßt i. S. des § 93 darstellen würde. Bei der jetzt obligatorisch vorgeschriebenen Anhörung des Gegners wird sich diese Frage allerdings regelmäßig einwandfrei klären lassen und der Gegner wird dies bei seiner Entschließung berücksichtigen müssen: so wird z. B. in dem typischen Interventionsfall, wenn er bei der Anhörung nicht Farbe bekennt, wie er sich verhalten will, insbes. nach welcher Richtung hin er noch eine weitere Darlegung bzw. Glaubhaftmachung des Freigabebegehrens verlangt, und hernach auf die Klage gleichwohl sofort anerkennt, die Klage als veranlaßt i. S. des § 93 anzusehen sein. Das AR. ist ferner zu versagen, wenn durch das Unterlassen der Klage der Partei voraussichtlich überhaupt kein oder wenigstens auf absehbare Zeit kein wirtschaftlicher Nachteil erwachsen würde, wie z. B. beim Streit um Eigentum oder Besitz an wirtschaftlich wertlosen oder von der Partei nicht benötigten Gegenständen — Fälle, wie sie bei Erbschaftsstreitigkeiten nicht ganz selten sind.

Maßgebend ist das eigene Interesse des Gesuchstellers, das regelmäßig z. B. dann zu verneinen sein wird, wenn der Rechtsstreit mit dem gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Ergebnis zwischen anderen Personen ausgetragen werden kann; so wird z. B. bei bestehendem Inkassomandat, Treuhandverhältnis u. dgl. dem Mandanten, Treugeber usw. nur unter besonderen Umständen für eine Rechtsverfolgung seinerseits das AR. zuzubilligen sein (so auch schon Celle: HöchstRRspr. 1930 Nr. 814). Je nach Lage des Falles wird die beabsichtigte Rechtsverfolgung u. U., z. B. bei Prozessen gegen den Fiskus, Versicherungsgesellschaften u. ä., auch dann als mutwillig anzusehen sein, wenn über die streitige Rechtsfrage bereits eine Parallelklage anhängig ist; jedenfalls dann, wenn sich der in Anspruch genommene Gegner verpflichtet, die in dem Parallelprozeß zu seinen Ungunsten ergehende Entscheidung auch im Verhältnis zu dem Gesuchsteller gegen sich gelten zu lassen; gegebenenfalls wird das Gericht bei der Anhörung des Gegners eine derartige Erklärung anzuregen haben, ein Weg, der sich bei Fiskusprozessen schon wiederholt als zweckmäßig erwiesen hat. Besondere Hervorhebung verdienen endlich auch die namentlich bei Kämpfen auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nicht ganz seltenen Fälle, daß eine Interessentengruppe einen einzelnen Unbemittelten vorschickt, um den infolge der Sachverständigengutachten besonders kostspieligen Prozeß im AR. durchzuführen, obwohl er mit Rücksicht auf den Stillstand seines Betriebes oder darauf, daß er den betreffenden Fabrikationszweig in seinem Betrieb gegenwärtig nicht pflegt, persönlich nicht unmittelbar berührt ist.

Das Gericht hat weiter auch, wie durch die Neufassung klargestellt ist, die Aussichten der Beitreibung des Anspruchs in den Kreis der Erwägungen zu ziehen. Das AR. wird also im allgemeinen zu versagen sein, wenn nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge für die Partei keine Aussicht auf Befriedigung besteht (so übrigens auch schon Hamburg: JW. 1931, 1839); selbstverständlich werden die besonderen Verhältnisse, bevorstehende Verjährung, drohender Verlust von Regreßansprüchen u. dgl., vielfach im Einzelfalle zur gegenteiligen Entscheidung führen.

Weiter ist die Rechtsverfolgung als mutwillig dann anzusehen, wenn ein einfacherer und billigerer Weg zur Verfügung steht. Demgemäß wird u. U. für einen zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörenden Geldanspruch, z. B. auf Zahlung des fälligen Hypothekenkapitals, das AR. vor dem LG. zu versagen sein, wenn der Anspruch voraussichtlich unbestritten bleiben wird und somit vom Standpunkte einer nicht das AR. beanspruchenden Partei zunächst das Mahnverfahren als der gegebene Weg erscheint.

3. Bei der Rechtsverteidigung werden Mutwilligkeit und Aussichtslosigkeit regelmäßig zusammenfallen. Aber nicht notwendig: als mutwillig kann die Rechtsverteidigung bei aussichtsvoller Rechtsposition vor allem dann erscheinen, wenn Aussicht besteht, daß sich der Rechtsstreit ohne alsbaldige aktive Rechtsverteidigung zugunsten der armen Partei erledigt. Demgemäß muß der Grundsatz in zeitlicher Hinsicht sinngemäß entsprechend in dem Sinne angewendet werden, daß das AR. solange nicht bewilligt zu werden braucht, d. h. die Beschlußfassung über das Gesuch solange hinausgeschoben werden kann. Vom Standpunkt der neuen Vorschriften rechtfertigt sich daher namentlich auch die schon in den letzten Jahren vorherrschende Ansicht, daß dem Rechtsmittelbekl., von Fällen besonderer Eilbedürftigkeit u. dgl. abgesehen, mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Verwerfung des Rechtsmittels nach §§ 519b, 554a das AR. im allgemeinen erst nach Ablauf der Begründungs- und Gebührenfrist zu gewähren ist (vgl. u. a. JW. 1928, 744, 1872; 1929, 121, 1679; 1930, 178, 733, 2048 u. a.).

4. Liegen die Voraussetzung für die Bewilligung des AR. nur für einen von mehreren Ansprüchen oder nur für einen Teilbetrag des geltend gemachten Anspruchs vor, so ist das AR. hinsichtlich des weitergehenden Anspruchs zu versagen, nicht etwa das AR. nach § 115 Abs. 2 teilweise zu gewähren. Wie durch die Fassung des § 11 Abs. 2 der VO. klargestellt ist, ist die Beschränkung auf einen Teilbetrag auch dann geboten, wenn mit Rücksicht auf die Zweifelhaftigkeit des Erfolges hinsichtlich des ganzen Anspruchs, die beschränkte Möglichkeit der Beitreibung u. dgl. eine nicht das AR. nachsuchende Partei vernünftigerweise auch zunächst nur einen Teilbetrag geltend machen würde. Dabei wird allerdings auf die Revisionssumme, auf die u. U. eintretende Notwendigkeit eines zweiten Prozesses Rücksicht zu nehmen sein, ebenso auf die Gefahr der Verjährung und sonstige Fristen, die allerdings durch einen gegebenenfalls vom Gericht anzuregenden Verzicht des Gegners auf die sich aus dem Fristablauf ergebenden Rechte wird ausgeschaltet werden können. Erreicht der Teil des Anspruchs, für den das LG. die Voraussetzungen für die Bewilligung des AR. für gegeben erachtet, nicht die amtsgerichtliche Zuständigkeitsgrenze, so muß es das Gesuch im ganzen ablehnen; das AR. für die Klage vor dem AG. zu bewilligen, ist es nicht in der Lage.

II. Das Prüfungsverfahren.

Über das bei der Prüfung des ARGesuchs einzuschlagende Verfahren enthält die ZPO. keine näheren Vorschriften. Jetzt sieht die VO. v. 6. Okt. 1931 ausdrücklich Maßnahmen, und zwar in drei Richtungen, vor. Dabei hat sich aber das Gericht, wie sich ohne weiteres aus dem Zweck des Prüfungsverfahrens ergibt, auf die Frage zu beschränken, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung des AR. gegeben sind. Eine amtswegige Instruktion des künftigen Prozesses oder eine Ausdehnung der Ermittlungen mit dem Ziele, in dem künftigen Prozeß eine Beweisaufnahme entbehrlich zu machen, wäre unzulässig. Dagegen hat das Gericht wie in jedem bei ihm anhängigen Verfahren, auch in diesem Vorstadium, soweit angängig, auf eine gütliche Erledigung des Streites hinzuwirken (vgl. auch § 118a).

1. Das Gericht kann von dem Gesuchsteller eine Glaubhaftmachung (vgl. § 294) seiner tatsächlichen Angaben verlangen. In Betracht kommt hauptsächlich die Vorlegung

von Urkunden u. dgl. Mit dem Erfordern eidesstattlicher Versicherungen erscheint jedenfalls Vorsicht geboten: eidesstattlichen Versicherungen der Partei kommt erfahrungsgemäß nur äußerst geringer Glaubhaftmachungswert zu, und eidesstattliche Versicherungen Dritter von der Partei zu verlangen, dürfte mit Rücksicht auf deren künftige Zeugenschaft häufig bedenklich sein. Hält es das Gericht für geboten, Äußerungen Dritter einzuholen, wird in aller Regel dem Wege der unmittelbaren Anfrage (unten 3) der Vorzug zu geben sein.

2. Das Gericht soll regelmäßig — wenn dies nicht aus besonderen Gründen unzweckmäßig erscheint — vor Bewilligung des AR. den Gegner hören, in erster Linie, um Aufschluß über die im Prozeß zu erwartenden Einwendungen zu erhalten. Die Anhörung kann schriftlich oder mündlich, vor dem Richter wie vor der Geschäftsstelle erfolgen. Vielfach wird sich eine gemeinsame Aussprache mit beiden Parteien empfehlen (vgl. auch § 118a). Eine Zwangsbefugnis gegenüber dem Gesuchsteller oder dem Gegner steht dem Gericht nicht zu; für eine entspr. Anwendung des § 141 Abs. 3 ist kein Raum und auch kein praktisches Bedürfnis, da die Aussicht auf Versagung des AR. bzw. auf Bewilligung an den Gegner für die Parteien regelmäßig ohnehin ein hinreichender Anlaß zur Wahrnehmung des Termins sein wird; a. M., soweit ich sehe, nur Baumbach, ZPO. zu § 118a; jedenfalls hat sich in dieser Hinsicht durch die neue VO. an der Rechtslage nichts geändert.

3. Das Gericht kann, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, Erhebungen anstellen. Darüber, daß man bewußt den farblosen Ausdruck „Erhebungen" gewählt und von einer näheren Regelung abgesehen hat, um von vornherein dem vorzubeugen, daß sich das Prüfungsverfahren zu einem förmlichen Vorprozeß auswachsen könnte, vgl. Volkmar oben S. 2890. In Betracht kommt in erster Linie die Heranziehung von Vorakten, die Einholung von Auskünften anderer Behörden wie auch Privater. Die mündliche Anhörung von Zeugen und Sachverständigen ist ebenfalls zulässig. Praktisch wird sie allerdings schon mit Rücksicht darauf, daß die damit regelmäßig verbundenen Kosten zunächst von der Staatskasse zu verauslagen und im Falle der Versagung des AR. von dem unbemittelten Gesuchsteller, der sie nach § 77 GKG. zu tragen hat, zumeist nicht einzuziehen sein werden, auf verhältnismäßig seltene Fälle beschränkt bleiben. Macht das Gericht ausnahmsweise von dieser Möglichkeit Gebrauch, dann wird es auch angemessen sein, dem Gesuchsteller und dem Gegner die Anwesenheit bei der Anhörung zu gestatten und dementsprechend beide Teile von dem Termin zu benachrichtigen. Die Frage, ob eidliche Vernehmung statthaft ist, wird man an sich theoretisch bejahen müssen; indessen sind Umstände, die dazu Anlaß geben könnten, bei Prüfung der Aussichten eines künftigen Prozesses einen Zeugen unter Eideszwang zu stellen, praktisch kaum vorstellbar.

4. Wenn das Gericht vor der Beschlußfassung gehalten ist, in gewissem Umfange Erhebungen anzustellen, so folgt daraus, daß es bei einem im Laufe der Instanz angebrachten ARGesuch entsprechend auch in der Lage sein muß, die Beschlußfassung hinauszuschieben, bis das Ergebnis bereits laufender Erhebungen, insbes. eines bereits beschlossenen Beweisverfahrens, vorliegt — selbstverständlich auch hier nur soweit, als sich dadurch die Beschlußfassung nicht erheblich, d. h. nicht nur rein zeitlich, sondern unter Berücksichtigung des Interesses der das AR. nachsuchenden Partei, verzögert. Also dann nicht, wenn das berechtigte Interesse der Partei gerade dahin geht, die Beiordnung des Anwalts für die Wahrnehmung ihrer Rechte in dem laufenden Beweisverfahren zu erhalten. Es ist auch zulässig und wird namentlich bei Unfallprozessen häufig zweckmäßig sein, statt eigener Erhebungen das Ergebnis bereits eingeleiteter strafrechtlicher Ermittlungen abzuwarten. Die verschiedentlich ergangenen Entsch., die eine derartige Aussetzung der Beschlußfassung für unzulässig halten (z. B.: JW. 1931, 1131, 1837), treffen nach der jetzigen Rechtslage nicht mehr zu. Ist im amtsgerichtlichen Verfahren, wie es häufig geschieht, die Klage zugleich mit dem ARGesuch eingereicht, so ist es zulässig und wird sich vielfach empfehlen, zunächst auf das ARGesuch hin nur von der Vorwegerhebung der Gütegebühr nach § 74 Abs. 4 GKG. abzusehen, und über das Gesuch erst nach Abschluß der Güteverhandlung zu befinden.

5. Wird im kollegialgerichtlichen Verfahren die Anhörung des Gegners und die Anstellung sonstiger Erhebungen einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen, so bedarf es der Formulierung des Auftrags oder Ersuchens nach Art eines Beweisbeschlusses an sich nicht. Immerhin muß namentlich das Ersuchen klar ersehen lassen, welche Maßnahmen erfordert werden; dem ersuchenden Gericht das Material für die Prüfung von sich aus zu beschaffen, ist nicht Aufgabe des ersuchten Richters. Daß sich der Richterkommissar bei Erledigung seiner Aufgabe der Geschäftsstelle bedienen kann, folgt aus § 118a.

6. In der aus der Fassung des Gesetzes nicht eindeutig zu beantwortenden Frage, ob der Einzelrichter zur Entscheidung über das ARGesuch befugt ist, steht die herrschende Praxis auf verneinendem Standpunkt (vgl. JW. 1925, 1448, 1894; 1926, 2466; 1930, 1091; LZ. 1930, 1274 u. a.). Mit Sonnen: GruchBeitr. 67, 50; Püschel, Einzelrichter S. 132 u. a. hatte ich bei Stein[14], Vorbem. V vor § 348 aus der Erwägung, dem Einzelrichter im Interesse möglichst glatter Erledigung des Verfahrens tunlichst weite Kompetenzen zuzubilligen, den gegenteiligen Standpunkt vertreten. Ich glaube, jetzt, wo die Entsch. über das ARGesuch erheblich mehr als früher bedeutet und nicht selten geradezu die in gewissem Umfange vorweggenommene Entsch. über den Rechtsstreit ist, wird man es billigen müssen, wenn die Praxis an der bisherigen herrschenden Auffassung festhält.

7. Inwieweit das Gericht dem das AR. versagenden Beschluß eine nähere Begründung beigeben will, steht in seinem Ermessen. Hieran ist nichts geändert. Der in neuerer Zeit mehrfach gegebenen Anregung, eine Begründungspflicht gesetzlich vorzuschreiben, stand auf der einen Seite das Bedenken gegenüber, daß ein Zwang zu eingehender Begründung der Beschlüsse für die Gerichte eine ganz erhebliche, gegenwärtig besonders mißliche Mehrbelastung bedeutet hätte — man denke allein an die rund 4800 ARGesuche, mit denen sich das RG. jährlich zu beschäftigen hat — und auf der anderen Seite der Umstand, daß mit dem bisher üblichen Satz „weil die Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint" dem Erfordernis einer Begründung als solcher formal zweifellos auch schon genügt wäre, so daß eine derartige Vorschrift an dem gegenwärtigen Zustande praktisch nichts geändert hätte. Allerdings wird es sich jetzt, wo die Gründe, aus denen AR. verweigert werden kann, eine wesentliche Erweiterung erfahren haben, häufiger als bisher empfehlen, der Ablehnung des AR. eine sachliche Begründung beizufügen. In allen Fällen wird man es als erforderlich ansehen müssen, daß der Beschluß zum mindesten erkennen läßt, ob das AR. wegen mangelnder Aussicht auf Erfolg oder wegen Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung versagt wird; dabei dürfte es mit Rücksicht auf den mißbilligenden Sinn, den der Sprachgebrauch dem Worte „mutwillig" zweifellos beilegt, aus psychologischen Gründen ratsam sein, das Wort „mutwillig" regelmäßig mit einem Satz „weil bei der Vermögenslage des Gegners ein wirtschaftliches Interesse an der Klageerhebung nicht anerkannt werden kann" oder dgl. zu erläutern.

8. Die Vorschriften über die Gewährung des AR. zu einem Bruchteil (§ 115 Abs. 2) sind in ihrer Geltung nunmehr auch auf nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten ausgedehnt. Es ist anzunehmen, daß sie hier von größerer praktischer Bedeutung sein werden als auf vermögensrechtlichem Gebiet, wo die Praxis von der Möglichkeit des § 115 Abs. 2 nur verhältnismäßig selten Gebrauch macht.

Bei der teilweisen Bewilligung des AR. wird übrigens bei Prozessen mit voraussichtlich umfangreichen Beweisaufnahmen auch der § 12 der neuen VO. in Rücksicht zu ziehen sein. Danach ist das Gericht verpflichtet — auch die Sollvorschrift begründet für das Gericht eine Pflicht —, künftig von der Befugnis, die Beweisaufnahme von der vorherigen Vorschußzahlung abhängig zu machen, ausnahmslos Gebrauch zu machen. Ist also die Partei, der das AR. zur Hälfte bewilligt war, nicht in der Lage, den Vorschuß in Höhe der

halben Beweiskosten zu leisten, so befindet sich das Gericht in der mißlichen Lage, entweder daraus für den Prozeß Konsequenzen ziehen zu müssen oder nachträglich das AR. auch zur anderen Hälfte zu bewilligen.

Anschließend sei noch der Unterschied zwischen dem BruchteilAR. nach § 115 Abs. 2 und VollAR. für einen Teilbetrag besonders betont. Das BruchteilAR. kann nur bewilligt werden, wenn bezüglich des ganzen Anspruchs, für den es gewährt wird, die Voraussetzungen des neuen § 11 Abs. 1, 2 vorliegen, andererseits aber die Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers nicht so schlecht sind, daß sie volle Freilassung von den Kosten erforderlich machten. Gelangt das Gericht also z. B. zu der Auffassung, daß von dem erhobenen Anspruch von 3000 *RM* eine wohlhabende Partei vernünftigerweise nur 1000 *RM* einklagen würde und daß der Gesuchsteller insoweit auch zur Bestreitung der Prozeßkosten in der Lage ist, so ist das AR. ganz zu versagen, nicht etwa nach § 115 Abs. 2 zu $^1/_3$ zu gewähren; wie ja auch das BruchteilAR. zu $^1/_3$ der Partei nicht etwa die Befugnis gibt, für eine auf den dritten Teil beschränkten Klage das VollAR. in Anspruch zu nehmen.

9. Bei der nunmehr dem Gericht generell zur Pflicht gemachten Anhörung des Gegners wird es häufiger als bisher vorkommen, daß bereits in diesem Stadium der Sache für den Gegner ein Anwalt tätig wird. Damit werden sich die Versuche, bei Versagung des AR. eine Kostenentscheidung gegen den Gesuchsteller zu erlangen, wahrscheinlich vermehren. Bisher steht in dieser Hinsicht die Praxis nahezu einhellig auf ablehnendem Standpunkt (vgl. u. a.: JW. 1927, 2153; 1928, 1526, 2733; 1929, 1688; 1930, 185; 1931, 1134, 2381). Hervorzuheben ist dabei besonders, daß in der letztangef. Entsch. das KG. von der in der JurRdsch. 1926 Nr. 2071 vertretenen gegenteiligen Ansicht ausdrücklich wieder abgegangen ist. Letztere ist besonders von Friedländer: JW. 1929, 876 und Striemer: ZPrZ. 54, 326 vertreten worden. Entscheidend für die herrschende Ansicht dürfte vor allem der Umstand sprechen, daß das AR-Prüfungsverfahren überhaupt kein Verfahren ist, in dem eine gegen den Gegner gerichtete Entsch. begehrt wird und demgemäß dem Gegner eine Parteistellung im prozessualem Sinne überhaupt nicht zukommt. Dazu tritt jetzt die weitere Erwägung, daß in den künftig vielleicht nicht seltenen Fällen, wo das AR. trotz bestehender Prozeßaussichten, z. B. wegen Vermögenslosigkeit des Gegners, versagt wird, der Gegner doch wirklich nicht als obsiegender Teil angesprochen werden kann.

10. Wenn das Gericht künftig gehalten ist, vor Bewilligung des AR. den Gegner zu hören und in gewissem Umfange Erhebungen anzustellen, so wird zwischen der Anbringung des ARGesuches und der Beschlußfassung häufig eine etwas längere Zeitspanne liegen als bisher. Damit gewinnt die in neuerer Zeit vielfach erörterte Frage der rückwirkenden Kraft der ARBeschlüsse erhöhte Bedeutung (vgl. dazu bes. Friedländer: JW. 1930, 2026; Schmidt: JW. 1931, 1058). Ich will die Frage hier nicht erschöpfend erörtern, vielmehr nur kurz folgendes hervorheben: An sich treten, worüber eigentlich kein Zweifel bestehen kann, die Wirkungen des AR. ein mit dem Existentwerden des Beschlusses, d. h., abgesehen von dem Fall der Verkündung, mit der Zustellung an den Gesuchsteller. In der neueren Rspr. besteht aber weitgehende Einigkeit dahin, daß das Gericht seinen Beschluß rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Antrags beilegen kann (vgl. bes. RG. 126, 300 = JW. 1930, 1488, ferner zahlr. OLGEntsch.: JW. 1929, 3188; 1930, 731; HöchstRRspr. 1931 Nr. 351 u. a.). Das läßt sich juristisch halten und entspricht auch — bei ARGesuchen innerhalb der Instanz, wo die Frage allein akut wird — dringenden praktischen Bedürfnissen. Das Gericht ist daher, namentlich wenn der Beschluß sich infolge von Erhebungen verzögert hat oder erst in der BeschwInst. ergeht, in der Lage, die Wirkungen zurückzudatieren. Damit ist m. E. allen berechtigten Bedürfnissen genügt. Ohne ausdrücklichen Ausspruch eine Rückwirkung anzunehmen, scheint mir allerdings schon aus dem Grunde nicht angängig, weil dann die Tragweite des Beschlusses aus ihm selbst heraus nicht ersichtlich wäre. Der Rückwirkung kommt übrigens praktische Bedeutung nur für die Anwaltsgebühren und den Erstattungsanspruch des Armenanwalts gegen die Staatskasse zu, nicht auch für die Gerichtskosten, da sich das AR. nach § 115 Nr. 1 ohne weiteres auf deren Rückstände miterstreckt.

Was hier das Verhältnis des Anwalts zum Mandanten anlangt, so ist aber klar, daß die Rückwirkung des AR. Ansprüche, die dem Anwalt bereits vor Erlaß des Beschlusses gegen die Partei als Vertrauensanwalt erwachsen waren, nicht berührt werden, denn durch den Staatsakt können nicht einmal entstandene privatrechtliche Ansprüche wieder beseitigt werden. Die Bedeutung der Rückwirkung beschränkt sich also auf die Fälle, wo der Anwalt nicht als eigentlicher Vertrauensanwalt, sondern nur in Erwartung seiner Beiordnung als Armenanwalt tätig geworden war.

In der neuerdings auch wiederholt erörterten Frage, ob das AR. noch nach Beendigung der Instanz bewilligt werden kann, kann m. E. — entgegen der herrschenden Auffassung — aus der Wortfassung des § 114 („beabsichtigte Rechtsverfolgung") ein entscheidendes Argument nicht entnommen werden. Regelmäßig ist allerdings für eine AR-Bewilligung nach Beendigung der Instanz kein Raum — nach Unterliegen des Gesuchstellers nicht, weil die Rechtsverfolgung nicht mehr Aussicht auf Erfolg bietet, und auch nach Obsiegen nicht, weil eine Anwaltsbeiordnung für die Zukunft nicht mehr in Frage kommt und der bereits entstandene und nach § 85 RAGebO. fällig gewordene Gebührenanspruch des Vertrauensanwalts, wie vorstehend hervorgehoben, nicht wieder beseitigt werden kann und endlich die rückständigen Gerichtskosten auch ohne AR. gestundet oder niedergeschlagen werden können. Ein Interesse an der Bewilligung des AR. besteht danach für die Partei nur in den Ausnahmefällen, wo sich der Anwalt dazu bereit erklärt hatte, in Erwartung der Beiordnung für sie schon vorher tätig zu werden. In einem derartigen Falle muß man aber m. E. — sofern man die Zulässigkeit einer ausdrücklichen Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Antrags mit der herrschenden Ansicht überhaupt anerkennt, vgl. oben — das Gericht auch für befugt erachten, trotz der inzwischen eingetretenen Beendigung der Instanz das AR. noch nachträglich mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Antrags zu bewilligen (so auch KG.: JW. 1925, 2341; Jena: JW. 1927, 1170; a. M. Düsseldorf: JW. 1930, 1094; Breslau, Hamm: HöchstRRspr. 1930 Nr. 61, 442).

III. Die Entziehung des AR.

Das AR. kann nach § 121 jederzeit von Amts wegen entzogen werden, wenn eine der Voraussetzungen für seine Bewilligung zu Unrecht angenommen oder nachträglich weggefallen ist. Soweit die nachträgliche Verneinung und der Fortfall der sachlichen Voraussetzungen des AR. (im Gegensatz zu den in den Vermögensverhältnissen der Partei liegenden) in Frage stehen, hat sich der Inhalt dieser Vorschr. eben durch die Änderung der genannten Voraussetzungen ebenfalls verschoben. Nunmehr kann das AR. schon entzogen werden, wenn die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mehr Aussicht auf Erfolg bietet oder sich als mutwillig in dem neuen Sinne des § 11 VO. erweist. Praktisch ist allerdings die Verschiebung keine große. Mit dem Worte „kann" hat der § 121 die Entsch. offensichtlich nicht in das freie Ermessen des Gerichts stellen wollen, wohl aber zum Ausdruck gebracht, daß das Gericht bei der pflichtmäßigen Prüfung, ob das AR. zu entziehen ist, einen erheblich weiteren Spielraum als bei der Bewilligung haben soll. Soweit es auf die Aussichten der Rechtsverfolgung und die Frage der Mutwilligkeit ankommt, erscheint jetzt in noch stärkerem Maße als bisher — zumal besonders im Anwaltsprozeß — große Vorsicht geboten. Denn für die Partei, die die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung infolge der Entziehung des AR. aufzugeben gezwungen ist, handelt es sich praktisch um das endgültige materielle Unterliegen im Wege des Versäumnisurteils. Das läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn das Gericht davon überzeugt ist, daß der Partei dadurch ein Schaden nicht erwächst, d. h. daß sie anderenfalls auch unterlegen wäre oder daß auch ein obsiegendes Urteil für sie wirtschaftlich keinerlei Wert haben würde. Praktisch wird danach namentlich die Entziehung des AR. wegen nachträglicher Annahme der Mutwilligkeit nur äußerst selten zu rechtfertigen sein.

Die Übergangsfrage ist nach dem allgemeinen Grundsatz, daß, vorbehaltlich einer etwaigen Sonderregelung, prozessuale Vorschriften von dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an auch für anhängige Verfahren gelten, dahin zu beantworten, daß sich die Entziehung des AR. auch in den Fällen, wo das AR. unter der Herrschaft der bisherigen Regelung bewilligt war, nunmehr nach den neuen Vorschriften bestimmt. Eine sonderliche Bedeutung kommt der Übergangsfrage indessen praktisch nicht zu, da, wie gesagt, in allen Fällen, gleichviel ob das AR. nach § 114 bish. Fass. oder nach § 11 VO. bewilligt ist, bei Anwendung des § 121 größte Zurückhaltung am Platze ist.

IV. Die Beschwerde.

Nachdem bereits durch die RPräsVO. v. 1. Dez. 1930 die Beschwerde gegen die vom LG. in der BerInst. erlassenen ARBeschlüsse ausgeschlossen war, ist nunmehr auch die weitere Beschwerde gegen amtsgerichtliche ARBeschlüsse beseitigt. Damit geht in den amtsgerichtlichen Sachen der Beschwerderechtszug in ARSachen niemals mehr über das LG. hinaus. Dies rechtfertigt sich aus dem Gedanken, daß weder im Interesse der Parteien noch etwa unter dem Gesichtspunkt der Förderung der Rechtseinheit ein Bedürfnis entsteht, die OLG. wegen Nebenentscheidungen mit Sachen zu befassen, die ihrer sachlichen Endentscheidung verschlossen sind. Unter diesem Gesichtspunkt wird man auch die Entziehungs- und Nachzahlungsbeschlüsse nach §§ 121, 125, obwohl sie im Gegensatz zu der Vorschrift der ersten NotVO. in der neuen VO. nicht ausdrücklich mitaufgeführt sind, unter den Ausschluß der weiteren Beschwerde unbedenklich einbeziehen müssen. Dagegen bewendet es bei der Beschwerde nach § 36 RAO. weiterhin bei der allgemeinen Regelung.

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß durch den in der RPräsVO. v. 1. Dez. 1930 bestimmten Fortfall der Beschwerde gegen die berufungsgerichtlichen ARBeschlüsse die Vorschrift im § 519 Abs. 6 eine sachliche Änderung erfahren hat. Hat der BerKl. die Bewilligung des AR. vor Ablauf der Gebührenfrist beantragt, so wird nach Satz 4 das. der Lauf der Frist bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des Beschl. „und, wenn vor Ablauf der Frist gegen den Beschl. Beschwerde eingelegt wird, bis zur Zustellung des auf die Beschwerde ergehenden Beschl." gehemmt. Dieser letztere Fall kann jetzt, wo es eine Beschwerde auch gegen berufungsgerichtliche ARBeschl. des LG. nicht mehr gibt, nicht mehr eintreten; die Vorschrift ist insoweit gegenstandslos. Die Frage, ob die entgegen dem § 5 RPräsVO. v. 1. Dez. 1930 unzulässigerweise eingelegte, „an sich unstatthafte" Beschw. die Gebührenfrist gleichwohl weiter hemmt, liegt ebenso wie die Frage, ob die gegen einen oberlandesgerichtlichen Beschl. bei dem RG. eingelegte unstatthafte Beschw. fristhemmende Wirkung hat. RG. 130, 345 = JW. 1931, 1091 hat die letztere Frage aus guten Gründen verneint. Dasselbe muß dann auch bei landgerichtlichen Beschl. gelten, d. h. der BerKl. kann sich durch Einlegung der unstatthaften und damit aussichtslosen Beschw. an das OLG. keine Verlängerung der Gebührenfrist verschaffen.

II.

Von Rechtsanwalt Paul Jessen, Kiel.

Die Notverordnung ist eine zeitgemäße Erscheinungsform des Gesetzes, welche kraft ihrer Zweckbestimmung nicht nur formelle, sondern auch materielle Besonderheiten aufweist. Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder handelt es sich darum, den normalen Apparat des Rechtsstaats aus finanziellen Gründen einzuschränken, so daß der Abbau des Rechtsstaats zum Zweck der Ersparnis bewußt in den Kauf genommen wird. Diese besonders vom PrFinMin. beeinflußte Methode ist im Einzelfall leicht erkennbar; als Beispiele seien genannt Steuerverschärfungen, Gehaltsabbau, auf dem Gebiete der Rechtspflege Einschränkung des Ehrenschutzes (VI, I § 7 RPräsVO. v. 7. Okt. 1931) sowie die wiederholte Kürzung der Armenrechtsgebühren (§ 17 das.). Daß die letztere Maßnahme zu einer unter dem angemessenen Grad liegenden Entlohnung führt und daher eine ausgesprochene Notmaßnahme ist, ergibt sich mittelbar aus der Bestimmung des § 16 daselbst, welche den Zweck verfolgt, der einem großen Teil der Anwaltschaft drohenden und durch die VO. gesteigerten Not zu begegnen. Oder es handelt sich darum, Mißstände, die auf einem festgestellten Mangel des bestehenden Gesetzes beruhen, zu beseitigen, insoweit dadurch finanzielle Vorteile für den Staat oder auch für die Wirtschaft erwartet werden. In solchen Fällen kann man materiell von einer Gesetzesreform sprechen (Beispiel: Aktienrechtsreform). Dieser Unterschied ist von großer Bedeutung für die Auslegung und Anwendung einer NotVO.; er bestimmt die Grenzen nach Enge und Weite, wird auch für die Frage entscheidend sein, was nach Aufhebung eines als Provisorium gedachten Notgesetzes als nicht mehr notwendiges Übel beseitigt oder als dauernde Verbesserung erhalten werden muß. Wie verhält es sich — nach diesem Maßstab gemessen — mit der vorliegenden Änderung des Armenrechts (AR.)? Nachdem das AR. sich immer mehr zu einer Massenerscheinung entwickelt und die Kassen der Länder in steigendem Maß belastet hat, ging zunächst das nur von finanztechnischer Gebarung getragene Bestreben dahin, die Kostenlast durch Kürzung der an sich niemals angemessen gewesenen Vergütung zu mildern. Gegen diese Handhabung haben sich von vornherein die Anwaltsorganisationen gewandt und darauf hingewiesen, daß sich weit größere Ersparnisse erzielen ließen durch Beseitigung der im Armenrechtswesen bestehenden, in der Praxis längst erkannten Mißstände. Dieser Anregung ist die VO. v. 7. Okt. 1931 gefolgt, allerdings mit der höchst unerfreulichen Beigabe, daß auch die vom Staat zu erstattende, bereits verkürzte Vergütung nochmals in einer die Anwaltschaft empfindlich treffenden Weise herabgesetzt ist. Volkmar (JW. 1931, 2890) meint, die wesentliche Verminderung der Zahl der unangebrachten ARBewilligungen könne bis zu einem gewissen Grad die Nachteile mildern, die der Anwaltschaft durch die abermalige Senkung der Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen erwachsen. Diese Schlußfolgerung erscheint leider nicht zutreffend. Wenn man schon einmal die finanzielle Einwirkung auf die Lage der Anwaltschaft ins Auge faßt, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß diese durch die neue VO. doppelt getroffen wird, einmal durch die bezweckte und sicher auch zu erwartende Verminderung der Zahl der Armensachen und sodann durch eine geringere Entlohnung dieser verkürzten Anzahl. Was dies für den Stand bedeutet, ergibt sich aus der schmerzlichen Tatsache, daß eine wachsende Zahl von Anwälten fast ausschließlich von dem Ertrag aus Armensachen lebt. Wie dem auch sei, so ist auch heute noch von dem Grundsatz auszugehen, daß das AR. und dessen Regelung sich nicht nach den Interessen der Anwaltschaft, sondern des rechtsuchenden Publikums zu richten hat. Wenn die Reform den Zweck verfolgt, durch Beseitigung bisheriger Mißstände die Zahl der Armensachen auf ein sachlich zu rechtfertigendes Maß zurückzuführen, so ist es unbedingte Aufgabe und Pflicht der Anwaltschaft, an diesem der Rechtspflege dienenden Ziel mitzuarbeiten, selbst wenn damit finanzielle Nachteile des Standes verbunden sein sollten. Es muß mit aller Klarheit betont werden, daß es nicht dem Beruf eines Anwalts entspricht, durch eigene Mithilfe das AR. einer Partei in unangebrachten Fällen durchzudrücken, und daß daher die grundsätzliche Auffassung, die den Aufsatz von Jonas beherrscht, durchaus dem Standpunkt der Anwaltschaft entspricht. Wenn der Zweck der Gesetzesänderung praktische Erfolge zeitigen soll, so kann gerade auf diesem Gebiet die Arbeitsgemeinschaft des Richters und Anwalts (Entw. ZPO. S. 258) von größter Bedeutung sein und zu einer richtigen Lösung führen.

Die Abfassung des § 11 a. a. O. läßt erkennen, daß eine echte Reform gewollt und die alte unzulängliche durch eine als ideal vorgestellte Norm ersetzt ist. Es fällt auf, daß diese neuen Grundsätze in dem Entw. einer ZPO. (neu §§ 117 ff.) in dieser Formulierung noch nicht enthalten sind und somit von einer Fortentwicklung des Rechtsgedankens auch nach der Zeit des Entw. gesprochen werden kann. Nebenbei sei bemerkt, daß der § 133 (neu) Entw., welcher eine Strafvorschrift gegen Erschleichung des AR. regelt, dem neuen Grundgedanken der VO. gut entsprochen hätte. Geht man also davon aus, daß es sich um eine wirkliche Reform und nicht um eine Verkürzung des Rechtsstaatsgedankens handelt, so muß als oberster Grundsatz erhalten bleiben, daß der jedem einzelnen Staatsbürger, auch dem Armen, zustehende Anspruch auf

Rechtsschutz gewährleistet bleibt und es nicht zu einer sozial und staatspolitisch zu mißbilligenden Rechtlosstellung des Armen kommen darf. „Arm" i. S. des Gesetzes ist, wer außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhaltes die Prozeßkosten zu bestreiten. Zwar hat das Gericht zu entscheiden, ob diese Voraussetzung zutrifft, doch dient als meist maßgebliche Grundlage dieser Feststellung das behördliche Armutszeugnis (§ 118 ZPO.). Es ist kein Geheimnis, daß ein großer Teil der vorhandenen Mißstände hier seine Quelle hat, indem die oft sicherlich nicht einfache Feststellung einer Armut in einem unleidlichen Schematismus erstarrt ist; Baumbach (§ 118 Anm. 3 ZPO.) bekennt offen, daß erfahrungsgemäß die Zeugnisse häufig mit größter Leichtfertigkeit ausgestellt werden. Es wäre erwünscht gewesen, wenn die Reform diesen wunden Punkt angefaßt und die Nachprüfungspflicht der Gerichte irgendwie geregelt hätte. Nur in den seltensten Fällen ist es bisher gelungen, ein Gericht zu bewegen, auf die im Armutszeugnis angegebenen Tatsachen näher einzugehen. Wenn es jedoch an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, so ist zu betonen, daß die neue Regelung nach ihrem Grundgedanken eine verschärfte Prüfung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse gar nicht entbehren kann. Das Gericht hat insbes. zu prüfen, ob der durch die beabsichtigte Klage beanspruchte Rechtsschutz auch auf eine andere Weise einer ökonomischen Prozeßführung ohne AR. auf eigene Kosten erzielt werden kann (Teilklage). Eine vernünftige Praxis erschließt allerdings die Möglichkeit, unechte Armensachen in den Bereich der entgeltlich geführten Prozesse überzuleiten. Hier kann der Einfluß der Anwaltschaft einsetzen. An den Anwalt des Gesuchstellers werden erhöhte Anforderungen gestellt, als er nachzuweisen hat, daß der begehrte Rechtsschutz nur auf dem Wege des Armenprozesses befriedigt werden kann, während der Gegenanwalt Gelegenheit nehmen muß, die Möglichkeit einer anderen durch eigene Kosten zu bestreitenden Prozedur aufzuklären. Er wird z. B. den Gesuchsteller zwingen können, eine seinen Verhältnissen zuzumutende Teilklage zur Klärung der Rechtsfrage auf eigene Kosten zu erheben, wenn er selbst sich erbietet, von einer Feststellungswiderklage im Rahmen des künftigen Prozesses Abstand zu nehmen. Sollte aus irgendwelchen Gründen die Anhängigmachung des gesamten Anspruchs (Vorbeugung gegen Verjährungsgefahr) geboten sein, so kann neben der ersten Teilklage, die durchgeführt werden soll, eine zweite Klage erhoben und dann mit Einverständnis des Gegners bis zur rechtskräftigen Entsch. des ersten Prozesses ruhen gelassen werden. Eine derartige Prozedur, die in der Praxis des entgeltlichen Prozesses bereits eingebürgert ist, versetzt sicherlich manchen in den Stand, ohne Beanspruchung des AR. seine Rechte im Klagewege — sei es als Kl. oder Bekl. — durchzuführen. In entsprechender Anwendung dieser Grundsätze kann auch in der BerInst. mancher Prozeß bis zur Erledigung eines Musterprozesses unter Vermeidung überflüssiger Kosten zunächst ruhen bleiben. Hieraus folgt, daß nur die erschöpfende Nachprüfung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse Grundlage einer zweckmäßigen Regelung sein kann, welche die Neuordnung erschlossen hat. Die Notwendigkeit sorgfältiger Prüfung ergibt sich ferner aus einem weiteren, äußerst schwerwiegenden Umstand. Wer ist bei den heutigen Wirtschaftsverhältnissen „arm" i. S. des Gesetzes? Schon vor dem Einbruch der sommerlichen Krise war die Zahl der Armensachen im rapiden Fortschritt begriffen; die Zahl der entgeltlichen Anwaltsklienten dagegen schrumpft immer weiter ein, und wer weiß, wie diese Entwicklung in nächster Zukunft verlaufen wird. Wenn früher mancher Kaufmann sich scheute, den Makel der Armut im Interesse seines geschäftlichen Fortkommens zu tragen, so ist jetzt, wo Tausende an ihrem Schicksal Unschuldige in den Strudel der wirtschaftlichen Ereignisse gezogen sind, jeder Rest eines peinlichen Gefühls geschwunden. Jeder nutzt die Ersparnismöglichkeiten, wo er sie findet, nutzt insbes. den Vorteil, sich auf den bekannten Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft berufen zu können. Außerordentlich schwer zu lösen ist ferner die Frage, inwieweit die Illiquidität eines vielleicht ansehnlichen Vermögens zu der Feststellung zeitig vorhandener Armut führen kann. Will die Praxis der Gerichte dieser sicherlich zu erwartenden Schwierigkeiten Herr werden, so bedarf es nicht nur sorgfältiger Prüfung, sondern ebenso verständiger Beurteilung der allgemeinen und individuellen Verhältnisse.

Im Anschluß hieran einige Worte zum Problem der Teilklage. Held: JW. 1931, 3054 meint, daß die Verweisung auf die sonst so verpönte Teilklage unerfreulich und eine Verminderung der Prozesse (d. h. Armenprozesse) durch Teilklagen nicht zu erwarten sei. Ich kann mich dieser Auffassung nicht anschließen und glaube, daß sie in eine Zeit zu verweisen ist, die längst entschwunden ist und bis auf weiteres nicht wiederkehren wird. Früher gehörte es zum guten Ton eines Klienten, Teilklagen zum Zweck des Preisdrückens zu unterlassen; es bestanden hier und da örtliche Vereinbarungen der Anwaltvereine, die darauf abzielten, diesem Übelstand zu steuern und die Entrichtung der dem wirklichen Streitwert entsprechenden Gebühr zu sichern. Wollte man derartige Anschauungen heute noch rechtfertigen und verwirklichen, so wird die Anwaltschaft von ihrer Wirtschaftsklientel bald ganz im Stich gelassen und dann nicht ohne Grund. Das Ergebnis wäre, daß selbst den relativ Bemittelten die Führung von Prozessen, deren Kostenlast ihrer Vermögenssphäre nicht mehr entspricht, unmöglich gemacht wird und letzten Endes die Rechtspflege Schaden leidet, da der einer ordentlichen Rechtspflege entsprechende Weg zur Verfolgung von Ansprüchen verbaut wird. Hier erwächst der Anwaltschaft die neue Aufgabe, unter Anpassung an die zeitige Wirtschaftslage Wege zu suchen, um das Rechtsschutzbedürfnis unter solchen Umständen zu befriedigen, die der einzelne geldlich tragen kann. Die Schwierigkeiten werden keineswegs verkannt, weil es sich darum handelt, neue Normen für den weiten Spielraum praktischen Ermessens zu finden. Wenn die Anwaltschaft Wege zu diesem Ziel erschließt und Opfer bringt, so ist anzuerkennen, daß auch diesem Bestreben vernünftige Grenzen gesetzt werden müssen, andernfalls eine summarische Bagatellisierung aller höheren Werte die unmögliche Folge wäre. Auch darf erwartet werden, daß auf der anderen Seite die Wirtschaftskreise das richtige Verständnis und Augenmaß für eine von Übertreibungen nach beiden Seiten freie Lösung aufbringen werden. Es sei in diesem Zusammenhang nur angedeutet, daß diese Entwicklung das alte Problem des „angemessenen Honorars" als Ersatz der gestaffelten Gebühr zu neuem Leben unter neuen Gesichtspunkten erwecken kann. Bemerkenswert ist auf alle Fälle, daß die Reform des AR. diese Gedankengänge i. S. einer verständigen Würdigung des Falles voraussetzt und in das ARVerfahren einbaut. Eine gesunde richterliche Praxis auf diesem Neuland kann sich nur bilden in enger Zusammenarbeit mit der Anwaltschaft, um so mehr, als es sich nicht um die Lösung von Rechtsfragen, sondern um eine nach vernünftigem Ermessen zu treffende Verfahrensregel handelt.

Wenn die bisherige Vorschrift, daß die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht aussichtslos erscheinen darf, von der negativen Ausdrucksweise in die positive übersetzt ist, so könnte es scheinen, als ob es sich um eine bedeutungslose Versetzung des Vorzeichens handele, die in der Praxis doch immer zu gleichem Ergebnis führt. In diesem Punkt kommt der von Jonas klar umrissene Grundgedanke der Reform zur vollen Geltung, daß die Vergünstigung einer risikolosen Prozeßführung der sozialen Gerechtigkeit widerspricht und daher als Ersatz für die Hemmungen, die sich sonst ohne weiteres aus dem Kostenrisiko ergeben, das abwägende richterliche Ermessen treten muß. Es wird der Erwartung Ausdruck gegeben, daß dieser gesunde Kern in der künftigen Praxis volles Verständnis findet und nicht nur aus finanziellen Gründen, sondern auch im allgemeinen Interesse der Wirtschaftskreise mit den bisher so zahlreichen Mißbräuchen gründlich aufgeräumt wird. Baumbach (VII. Titel Übersicht Anm. 1 S. 313) spricht von den Narren und Querulanten, welche unter Mißbrauch des AR. ihrem Gegner Schaden an Nerven und Geld zufügen. Die Anwaltschaft kennt zur Genüge die ohnmächtige Erbitterung, die die bisherige Überlegenheit einer risikolosen Prozeßführung mit Hilfe des AR. ausgelöst hat. Die Frage, ob der beabsichtigte Prozeß aussichtsreich ist, läßt sich technisch auf einfachem Wege lösen, wenn es sich um Rechtsfragen handelt. Liegt aber das Problem des Prozesses in der Beweisführung, so ist es nicht angängig, ein Beweisangebot als ausreichend zu betrachten, vielmehr muß dann das Gericht in dem vorgeschriebenen Prüfungsverfahren die

Erhebungen in dem Maße anstellen, daß die erforderliche positive Feststellung gelingt.

Bei Durchführung des Prüfungsverfahrens ist unter allen Umständen zu vermeiden, das eigentliche Prozeßverfahren vorwegzunehmen; es handelt sich nicht darum, eine Entsch. in der Sache selbst zu fällen. Allgemeine Regeln darüber, wieweit im Einzelfall die Erhebungen auszudehnen sind, lassen sich kaum aufstellen. Als Grundsatz muß gelten, frei von jedem Schema den kürzesten Weg zu erstreben; das Gesetz bringt klar zum Ausdruck, daß erhebliche Verzögerungen zu vermeiden sind; das allgemeine Gebot nach Prozeßbeschleunigung bedarf daher gerade auf diesem Gebiet, wo das freie Ermessen einer Verfahrensgestaltung weiten Spielraum hat, besonderer Beachtung. Unerläßlich ist künftig die Anhörung des Gegners ohne Rücksicht darauf, daß das Gesetz nur eine Sollvorschrift normiert hat. Zweckmäßig wird sein, die Parteien auf vorhandene Mängel und Bedenken sowie auf die Wege zu deren Beseitigung hinzuweisen. Insoweit am AR.-Verfahren Anwälte als Parteivertreter tätig sind, werden diese Gelegenheit suchen, im Einvernehmen mit dem Gericht die erforderlichen Unterlagen zu schaffen; wenn oben von der Arbeitsgemeinschaft des Richters und Anwalts gesprochen ist, so findet sie gerade hier ein reiches Betätigungsfeld, zumal das Gesetz der Ausgestaltung des Verfahrens freie Entwicklung läßt.

Von großer Wichtigkeit ist die Frage, ob der das AR. versagende Beschluß eine Begründung enthalten muß. Wenn von der Anwaltschaft die Begründungspflicht im Rahmen der Reform angeregt ist (Entw. ZPO. S. 299 zu § 125), so hat Jonas den bisherigen Widerstand so weit zurückgestellt, daß er künftig die Begründung empfiehlt. Ich glaube, man muß einen Schritt weitergehen und bei der jetzigen Neugestaltung eine Begründung als erforderlich bezeichnen, andernfalls der abschlägig beschiedene Gesuchsteller in die Irre geführt werden kann. Bei der jetzigen Mannigfaltigkeit der Versagungsgründe würde er sich in einer äußerst mißlichen Lage befinden, wenn er nicht weiß, woran es fehlt. Beschwerden und sonstige Schritte zur Wahrung der Ansprüche werden vermieden, wenn dem Gesuchsteller nicht in nutzlosen schematischen Formeln (Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung, mutwilliges Verhalten usw.), sondern in konkretisierter Ausdrucksweise der Grund der Ablehnung mitgeteilt wird. Z. B. muß doch gesagt werden, daß das AR. der begehrten Klage versagt wird, weil das Gericht der Meinung ist, daß der Gesuchsteller mit einer von ihm selbst zu bestreitenden Teilklage von 1000 RM seinem Rechtsschutzbedürfnis genügen kann. Es ist selbstverständlich, daß die Begründung in ihrer Ausgestaltung mit einer Urteilsbegründung nicht zu vergleichen ist, da es sich gar nicht um eine Entsch. über einen Rechtsfall handelt; es genügt vielmehr, den Kernpunkt hervorzuheben, der für die Entsch. maßgebend ist. Es ist daher auch nicht zu erwarten, daß eine nennenswerte Mehrarbeit zu leisten ist; die damit verbundenen Vorteile überwiegen jedenfalls weitaus.

Für die künftige Praxis verdient ein Punkt besondere Beachtung, nämlich der im § 118a ZPO. geregelte Vergleich im ARVerfahren. Von dieser Einrichtung ist bisher aus nicht ganz ersichtlichen Gründen selten Gebrauch gemacht. Die neue Regelung schafft eine eigenartige Lage. Wenn das Gericht einen Vergleichsvorschlag macht und der Meinung ist, daß eine nicht das AR. beanspruchende Partei bei verständiger Würdigung diesen Vergleich einer risikobehafteten Durchführung des Prozesses vorziehen würde, so ist logische Folge, daß die beabsichtigte Rechtsverfolgung mutwillig ist. Dieser Gedankengang läßt die Gefahr der Situation deutlich erkennen. Das Gericht wäre in der Lage, mit einem Vergleichsvorschlag einen besonders gearteten Druck auszuüben, der die Parteien in ihrer freien Willensentschließung bei Durchführung des Angriffs oder der Verteidigung in unerträglichem Maß beeinträchtigen kann. Hier ist größte Vorsicht und psychologisches Verständnis geboten. Auf der anderen Seite ist in manchen Fällen der mit den geschilderten Folgen umgebene Vergleich ein überaus geeignetes und gebotenes Mittel, zwecklose Prozesse zu verhüten. Gerade im AR. finden sich zahlreiche Leerlaufprozesse, besonders wenn beide Parteien unter dem Schutz des AR. stehen und um eine Entsch. ohne praktischen Nutzeffekt kämpfen. Als besonders markantes Beispiel sei genannt das Widerspruchsverfahren im Anschluß an EinstwVerf. in Ehesachen. Es ist oft erschütternd, wegen welcher Kleinigkeiten hier der Apparat von Richtern und Anwälten in Bewegung gesetzt wird, sei es, daß Möbelstücke herauszugeben sind, die längst verkauft sind, oder daß der Ehemann statt 25 RM 30 RM monatlich zahlen soll, die er wegen Erwerbslosigkeit gar nicht zahlen kann. Typischer Leerlauf; Richter und Anwälte leisten wertlose Arbeit, der Staat zahlt unnötige Kosten. Es muß Regel werden, daß alle Begleiterscheinungen des Eheprozesses (§ 627 ZPO.), die bisher mit großem Aufwand durchgekämpft sind, auf dem Wege des § 118a ZPO. erledigt werden. Wenn der Richter sich einmal die Mühe macht, die Sachlage mit den Parteien zu erörtern, ist er ohne weiteres in der Lage, einen angemessenen Vergleich vorzuschlagen und damit erhebliche Mehrarbeit zu sparen. Die geldlichen Auswirkungen würden für die Staatskasse, falls diese Handhabung durchgehende Praxis wird, ganz erheblich sein, wobei es nicht schwer sein wird, weitere Beispiele ähnlich gelagerter Fälle anzuführen, besonders bei beiderseitigem AR.

Diese Ausführungen erstreben keine erschöpfende Behandlung, sondern sollen darüber Aufschluß geben, daß auch die Anwaltschaft Anlaß und Gelegenheit hat, den gesunden Zweck der neuen Regelung fördern zu helfen. Möge es gelingen, daß die künftige Praxis auf diesem Gebiet auch einmal aus einer NotVO. Nutzen zieht und Besserung schafft.

III.

Die Grundvoraussetzung der Armenrechtsbewilligung früher und jetzt.

Von Rechtsanwalt Dr Ludwig Bendix, Berlin.

1. Auf Grund des § 11 VI. Teil der NotVO. v. 6. Okt. 1931 beginnt die Zahl der noch bewilligten Armenrechtsgesuche abzunehmen, weil viele Gerichte die neue Fassung des § 114 bzw. seine authentische Interpretation als eine Anweisung ansehen, die Prozeßführung armer Parteien zu Ersparniszwecken abzudrosseln. Diese weite Auslegung, nach der nur von „Aussicht auf Erfolg" gesprochen werden kann, wenn der Gewinn des Prozesses mit einer Wahrscheinlichkeit von 95—100% anzunehmen sei, wenn er in bestimmter, sicherer Aussicht stehe, geht über das Ziel hinaus.

2. Diese Auslegung findet in der Praxis immer mehr Anhänger, sie stützt sich auf die Überschrift des VI. Teils der NotVO., und eine praktische Erwägung: soll die Aussichtsprüfung die bezweckten Ersparnisse ergeben, dann muß unter „Aussicht" bestimmte, sichere Aussicht verstanden werden. Die Vorschrift ist dann ein wenig verschleiertes Verbot, also eine Aufhebung der Armenrechtsbewilligung. Sie hat starke politische Kräfte auf den Plan gerufen, insbes. den Vorwurf, man habe den kalten Weg der Beseitigung gewählt durch eine unverfängliche, die Einrichtung selbst nicht antastende Fassung.

Diese praktischen Konsequenzen beweisen, daß das nicht der Wille des § 11 a. a. O. ist. Sein wahrer Zweck ergibt sich vielleicht, wenn der weitesten Auslegungsmöglichkeit die engste gegenübergestellt wird.

3. Die engste Auslegung geht dahin, daß gegen früher überhaupt aus sprachlichen und logischen Gründen keine Änderung eingetreten ist. Alles, was „nicht aussichtslos" erscheint, bietet „Aussicht auf Erfolg". Das hat logische Gründe:

Aussichtslos besagt also: keine Aussicht; nicht aussichtslos dagegen: Negation der Negation und besagt Aussicht.

Der Gesetzgeber hat unzutreffend den Gegensatz „aussichtslos — Aussicht" als kontradiktorischen Widerspruch angesehen, also als völlig unvereinbar miteinander, während es sich in Wirklichkeit um einen konträren Gegensatz handelt.

4. Gibt es eine Vereinigung der beiden Auslegungsmöglichkeiten? Logisch-juristisch nicht, weil jede in sich selbst geschlossen ist. Aber praktisch läßt sich zur Vermittlung sagen: Der nicht sehr glücklichen Fassung des § 11 Abs. 1 liegt eine Sprachgewohnheit zugrunde: Die Negation eines negativen Ausdruckes gilt unserem Sprachgefühl für schwächer, als der positive Ausdruck: nicht aussichtslos ist weniger stark als aussichtsvoll.

Daher läßt sich als Sinn des § 11 Abs. 1 für die Praxis

der Standpunkt vertreten: es soll nichts Neues eingeführt, sondern nur einer zu weitherzigen Bewilligung des Armenrechts entgegengetreten und zu einer strengeren Prüfung dahin angehalten werden, ob positiv mit einem Erfolg gerechnet werden kann. Sachlich besteht bei beiden Betrachtungsweisen kein Unterschied. Die Verneinung der Aussichtslosigkeit um wenige Grade soll nicht zur Bewilligung des Armenrechts ausreichen. Aber wo schlägt die Verneinung der Aussichtslosigkeit in die Bejahung der Aussicht um?

Ist diese Betrachtungsweise des § 11 mit dem Wesen der Rechtsverfolgung und Rspr. überhaupt vereinbar?

5. Die Vorhersage der gerichtlichen Erledigung ist eine typisch anwaltliche Aufgabe. Hier greift die früher viel erörterte Frage ein, ob ein Anwalt aussichtslose Mandate annehmen dürfe. Ich habe schon 1914[1]) die Ansicht vertreten, daß von aussichtslosen Mandaten nicht gesprochen werden könne, weil auch bei der Aussichtslosigkeit des Rechtsstandpunktes die Möglichkeit bestehe, durch Verhandlungen ein günstigeres Ergebnis zu erzielen oder daß die Gegenpartei durch unordentliche Prozeßführung oder anderweitig ihre günstige Rechtsposition verlieren kann.

Derartige Möglichkeiten scheiden freilich bei der richterlichen Anwendung des alten wie des neuen § 114 ZPO. aus. Immerhin kann sie an der täglichen Erfahrung des Anwalts nicht vorübergehen, daß seine Vorhersage über die Aussichten des Prozesses häufig Schiffbruch leidet, daß er Prozesse verliert, die er für unverlierbar, und solche gewinnt, die er für aussichtslos gehalten hat. Was sind die Ursachen dieser Rechtsunsicherheit?

6. Es entspricht dem Wesen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung nach der Erfahrung des Anwalts, daß man zu Anfang der streitigen Auseinandersetzungen nur die Abgrenzung vornehmen kann, ob sich der einzunehmende Standpunkt rechtlich und tatsächlich vertreten läßt. Diese Abgrenzung ist die gewissen Rechts gegen ungewisses Recht, die ich in meiner Schrift über diesen Gegenstand[2]) dargelegt habe. Ergibt die Abgrenzung, daß ungewisses Recht vorliegt, so bestehen Erfolgsaussichten, deren Abschätzung für die erfahrensten und rechtskundigsten Juristen verschieden ausfällt, ein vorsichtiger Anwalt enthält sich jeder bestimmten Äußerung über den Grad der Aussichten nicht aussichtsloser Sachen.

Diesem Wesen des Rechtsstreites hat die alte Fassung des § 114 ZPO. richtigen Ausdruck gegeben. Die neue Fassung des § 11 Abs. 1 kann an dieser in der Natur der Sache gelegenen Rechtsunsicherheit durch seine nur scheinbar positivere Fassung nichts ändern[3]). Das hat einen tieferen Grund.

7. Die überlieferte Rechtswissenschaft steht noch unter dem Erkenntnisideal der Naturwissenschaften, nach dem die anzuwendenden Begriffe als eindeutig vorausgesetzt werden. In diesem Geiste geht § 11 Abs. 1 davon aus, daß in bestimmter, für alle Sachkenner identischer Weise die Erfolgsaussichten einer Sache gleichsam mit dem Zentimetermaß gemessen werden können. Dieser Ausgangspunkt ist wissenschaftlich unhaltbar. In immer weitere Fachkreise dringt die Erkenntnis, daß die Rechtswissenschaft als Teilgebiet der Geisteswissenschaften sich ihren Grundbegriff der Mehrdeutigkeit zu eigen machen muß. Mit dieser Ansicht stimmt die alte Fassung des § 114 ZPO. überein. Die neue Fassung dagegen mutet dem Richter die unerfüllbare Aufgabe zu, grundsätzlich mehrdeutige Sachverhalte als eindeutig zu behandeln, gleichsam die Quadratur des Zirkels zu finden, vorausgesetzt, daß es der Sinn dieser Vorschrift wäre, der Richter solle sich ein bestimmtes Bild von den gerichtlichen Schicksalen einer Sache machen. Das ist eine unmögliche Aufgabe, die mit dem mehrdeutigen Wesen des Rechtsstreites im Widerspruch steht. Deshalb muß § 11 Abs. 1 einschränkend ausgelegt und kann nur als eine etwas schärfere Fassung des alten § 114 ZPO. angesehen werden, die an seiner geistigen Grundlage nichts ändern wollte und konnte.

8. Dieser Rechtsstandpunkt weicht erheblich ab von der Auffassung von Jonas (oben S. 3519) und Jessen (oben S. 3523), die ich zu einzelnen Fragen, z. T. auch mit anderer Begründung, für richtig halte. Ich glaube aber insbes. bei Jonas, daß die Einzelheiten ihr eigenes, aus dem praktischen Bedürfnis stammendes Leben führen und mit der theoretischen Grundansicht höchstens lose zusammenhängen. So komme ich zu dem Ergebnis, daß diese Grundansicht einer „prinzipiellen Gesetzesänderung" durch § 11, die „von dem Richter eine wesentlich andere Grundeinstellung fordere", taktisch-praktischen Erwägungen des Justizverwaltungsbeamten entspringt. Der Wortlaut des § 11 Abs. 1 enthält keine wesentliche Änderung des bisherigen § 114 ZPO., stimmt vielmehr mit ihm, wie dargelegt, sachlich überein.

Mit den verwaltungs- und rechtspolitischen Zielen des § 11 NotVO. wird man in verschiedenen Punkten einig gehen. Aber die Gesetzgebungsmotive werden nicht Gesetz und sind es auch hier nicht geworden, wie die Analyse der Worte „Aussicht" und „nicht aussichtslos" ergeben hat. Wer a. A. ist, dem liegt der m. E. unmögliche Beweis ob, daß die andere Fassung des § 11 Abs. 1 NotVO. die von Jonas behauptete grundlegende Änderung des bisherigen Rechtszustandes enthält.

9. Jonas spricht von der risikolosen Prozeßführung der armen Partei und berücksichtigt dabei nicht, daß sie die Kosten der Gegenpartei zu tragen hat, wenn sie den Prozeß verliert, und immer Gefahr läuft, daß ihr das Armenrecht entzogen wird. Je mehr das Armenrecht „Massenerscheinung" geworden ist, desto häufiger wird es von Personen in Anspruch genommen, für die der Verlust des Prozesses wegen des bestimmt eintretenden Kostenzugriffs der Gegenpartei und wegen der Möglichkeit der späteren Entziehung des Armenrechts — daß die Gerichtskassen sich in dieser Richtung bemühten, ist nicht bekannt — bedrohlich[4]) ist. Es kommt des öfteren vor, daß arme Parteien wegen dieses Risikos aussichtsreiche Rechtsansprüche auch im Armenrecht nicht verfolgen, obgleich seine Voraussetzungen, selbst nach dem Standpunkte von Jonas, gegeben sind.

Es bedarf der zu weitgehenden Theorie von Jonas nicht, um die Mißstände der bisherigen Armenrechtsbewilligungspraxis zu bekämpfen. § 11 NotVO. hat diesen Zweck durch eine schärfere Fassung und Erläuterung des fortbestehenden § 114 ZPO. erreicht, er enthält eine Aufforderung an die Gerichte, die bewährte Vorschrift — wegen des allgemeinen Andranges zum Armenrecht — strenger anzuwenden, aber keine Änderung des bestehenden Rechtszustandes[5]).

IV.

Von Rechtsanwalt Dr. Alfred Wiener, Leipzig.

Die neuen Vorschr. über das Armenrecht werden, wenn die Praxis den Absichten des Gesetzgebers Folge leistet, zu großen Unzuträglichkeiten führen. Auf einige Punkte sei schon jetzt hingewiesen:

Die obligatorische Bewilligung des Armenrechts für die BerInst. nach § 119 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. kommt in Wegfall, da jetzt die Prüfung geboten ist, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg hat, die Feststellung, daß sie nicht mutwillig oder aussichtslos sei, genügt nicht mehr. So hat der 19. Sen. des KG. (19 U 15775/31) in einem Beschl. v. 8. Okt. (Tag des Inkrafttretens) einem BerBekl. mit dieser Begründung das Armenrecht versagt. Der Gedanke, wer in erster Instanz obgesiegt hat, habe wenigstens ein Anrecht auf ein Urt. zweiter Instanz (RG. 65, 285 [287] = JW. 1907, 263). OLG. Frankfurt: JW. 1928, 1156[19] ist damit aufgegeben. Das ist um so bedenklicher, als nach § 11 Abs. 2 das Armenrecht versagt werden muß, wenn die Beitreibung des erstrittenen Betrages aussichtslos erscheint. Es muß also dem

[1]) Vgl. JW. 1914, 574 und das dort erwähnte Schrifttum: Geiger: JW. 1913, 1174 ff.; Erythropel und Siehr: JW. 1914, 57 ff.

[2]) Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 27.

[3]) Es hätte auch unmißverständlicher in § 11 Abs. 1 „Aussichten" statt „Aussicht" heißen sollen. Zwischen beiden besteht kein sachlicher Unterschied.

[4]) Vgl. auch JurRdsch. 26, 2071 und Baumbach, 5. Aufl., zu § 119 ZPO. A II C.

[5]) Vgl. Volkmar: JW. 1931, 2890, der ausdrücklich erklärt: „§ 11 VO. sucht jetzt die Vorschriften des § 114 Abs. 1 ZPO. dahin umzugestalten, daß die Nachprüfung der Voraussetzungen für die Armenrechtsbewilligung beim Gericht gründlicher und schärfer gestaltet wird, als bisher." und damit doch, wie mir scheinen will, den hier vertretenen Standpunkt einnimmt.

obsiegenden Kl., auch wenn es als wahrscheinlich anzusehen ist, daß die Berufung des vermögenslosen Bekl. nach Beweisaufnahme zurückgewiesen werden wird, das Armenrecht versagt werden! Der Kl., der sachlich im Rechten ist, trägt dann noch die gesamten Kosten des Rechtsstreits.

Wie das Gericht die Prüfung vornehmen soll, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg verspricht, ist schwer zu verstehen. Bisher genügte regelmäßig Schlüssigkeit des Vorbringens i. S. des § 331 ZPO. Wie soll dargetan werden, daß durch die Aussagen von Zeugen, Gutachten von Sachverständigen, die Leistung oder Nichtleistung eines Eides Aussicht auf Erfolg besteht? Wenn derartige Nachweise verlangt werden, bleibt kaum etwas anderes übrig, als über wichtige Tatsachen vorher eidesstattliche Versicherungen oder Privatgutachten zu beschaffen, ein Verfahren, dessen Bedenken offensichtlich sind.

Schwierig ist auch die Prüfung, ob mit einer Beitreibbarkeit der Forderung zu rechnen ist. Wie soll dies der Kl. nachweisen? Ist der Nachweis, daß der Gegner den Offenbarungseid noch nicht geleistet hat, erforderlich und genügend? Aber auch weiter ist die Frage kaum noch zu beantworten, wie sich bei verständiger Würdigung aller Umstände ein Gläubiger gegenüber seinem zur Zeit nicht zahlungsfähigen Schuldner verhält. Im geschäftlichen Leben hält man es meistens für richtig, zur Vermeidung der Verjährung einen vollstreckbaren Titel zu erwirken. Ob das Gesetz diese Einstellung als eine verständige Würdigung aller Umstände ansieht, erscheint zweifelhaft.

Die Vorschr. über vorbereitende Maßnahmen (§ 11 III) werden in vielen Fällen die Entsch. erheblich verzögern. Was soll geschehen, wenn Fristablauf (Ablauf der Verjährungszeit, einer Ausschlußfrist oder einer Rechtsmittelfrist) droht? Bei nachträgl. Bewilligung werden die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung oft nicht gegeben sein. Soll dann eine dem Gesetz bisher unbekannte **vorläufige** Bewilligung des Armenrechts stattfinden?

Die neue Regelung dürfte auch zu Zweifeln Anlaß geben, ob im Verhältnis zum Ausland die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Das kann zu schweren Schädigungen deutscher Parteien führen, die im Auslande Prozesse zu führen haben.

Die neue Regelung zeigt eine solche Fülle praktischer Schwierigkeiten, daß eine Aufhebung oder wenigstens eine vollständige Umarbeitung der neuen Vorschr. dringend erforderlich erscheint.

Einrede der Rechtskraft und Ausschlußwirkung des § 616 ZPO. im Eheanfechtungsprozeß.

Bemerkungen zu RG. v. 17. Juni 1930, 112/30 II: JW. 1931, 2493.

Von Professor Dr. M. Pagenstecher, Hamburg.

A. Das in der Überschrift bezeichnete Urteil weist mit Recht die Einrede der Rechtskraft zurück.

Die Begründung ist meiner Ansicht nach aber unrichtig, ja gefährlich. Gefährlich deshalb, weil sie in hohem Maße geeignet ist, zu einer Einschränkung der Eheanfechtungsklagen zu führen, die weder dem Gesetz noch den Bedürfnissen der Praxis entspricht. Es erscheint deshalb angezeigt, auf die Gedankengänge des RG. näher einzugehen. Die Fehlerquellen lassen sich allerdings nur aufdecken, wenn man etwas weiter ausholt.

1. In RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074 heißt es: „Durch die Rechtskraft nach § 322 ZPO. soll verhindert werden, daß aus demselben Tatbestand zwischen denselben Parteien über eine daraus abgeleitete Rechtsfolge durch ein neues Urteil anders entschieden wird, als vorher durch ein rechtskräftiges älteres Urteil schon entschieden war. Gegenstand der Bindung des zweiten Richters bildet also die ältere Entscheidung, daß ein bestimmter Tatbestand die im Vorprozeßurteil bejahte oder verneinte Rechtsfolge habe oder nicht habe."

Nehmen wir nun einmal an, M., der die Witwe F. geheiratet hat, erhebt eine Eheanfechtungsklage mit der Begründung, die F. habe ihre erste Ehe mehrfach (mit Dritten) gebrochen. Wenn er — der Kläger — das gewußt hätte, würde er sie nicht geheiratet haben. Die Klage wird durch Sachurteil abgewiesen, weil M. beweisfällig bleibt.

Einige Zeit darauf strengt M. wiederum eine Eheanfechtungsklage an. Zur Begründung führt er nunmehr aus, wie er erst jetzt erfahren habe, habe die F. während ihrer Witwenschaft mit mehreren Männern im Geschlechtsverkehr gestanden.

Es erhebt sich hier die Frage, ob der zweiten Klage die Einrede der Rechtskraft entgegensteht. Man könnte geneigt sein, hier wie folgt zu argumentieren: Gegenstand der Bindung des zweiten Richters bildet (wenn ein abweisendes Sachurteil vorliegt) die Entscheidung, daß ein **bestimmter Tatbestand** die im Vorprozeßurteil verneinte Rechtsfolge nicht habe. Hier handelt es sich um einen ganz anderen Tatbestand als im Vorprozeß, also ist die Einrede der Rechtskraft **nicht** gegeben.

2. Damit würde man sich aber mit der Rechtsauffassung, die im Urt. v. 17. Juni 1930 zum Ausdruck gelangt ist, in Widerspruch setzen; denn in diesem Urteil wird ja ausgeführt, daß den Anfechtungsgrund des § 1333 BGB. nicht „einzelne Tatsachen, sondern die persönlichen Eigenschaften des Ehegatten" bilden, und der Kläger daher „für die Regel nicht in einem neuen Verfahren die Anfechtung darauf stützen (könne), daß er nun neue Tatsachen erfahren habe, die gleichfalls einen Schluß auf jene Eigenschaften rechtfertigen". Wenn ich das RG. recht verstehe, will es hier sagen: Klagegrund (= „Tatbestand" i. S. von RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074) ist bei der Klage aus § 1333 BGB. die persönliche Eigenschaft des Ehegatten, nicht einzelne Tatsachen, die einen Schluß auf jene Eigenschaft zulassen.

Der „bestimmte Tatbestand" (i. S. von RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074) war (wenn man dieser Rechtsauffassung folgt) im ersten Prozeß **nicht** etwa der Umstand, daß die F. ihre erste Ehe mehrfach gebrochen hat, sondern daß sie „Neigung zu Unsittlichkeiten" habe (vgl. das im Urt. v. 17. Juni 1930 angezogene Urt. RG. 128, 74 = JW. 1930, 2054). Und der „Tatbestand" (immer i. S. von RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074) im zweiten Prozeß war nicht, daß die F. während ihrer Witwenschaft geschlechtlich verkehrt hat, sondern auch wiederum, daß sie Neigung zu Unsittlichkeiten habe. Der „Tatbestand" im ersten Prozeß unseres Beispiels ist (immer nach der vom besprochenen Urteil adoptierten Auffassung) somit identisch mit dem Tatbestand des zweiten Prozesses, und aus diesem Grunde steht der zweiten Klage die Einrede der Rechtskraft entgegen. — Soviel ich sehe, ist das die einzige Art, wie sich der Satz: „Der Kläger kann nicht in einem neuen Verfahren die Anfechtung darauf stützen, daß er neue Tatsachen erfahren habe, die gleichfalls einen Schluß auf jene Eigenschaft (Neigung zu Unsittlichkeiten) zulassen", in Übereinstimmung bringen läßt mit den (oben A 1 wiedergegebenen) Sätzen in RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074.

3. **Aber welche Bewandtnis hat es nun mit dem einschränkenden Zusatz „für die Regel" im besprochenen Urteil?** Unter Bezugnahme auf RG. 128, 74 = JW. 1930, 2054 wird hier ausgeführt, der aufgestellte Grundsatz gelte nicht, wenn dem Gatten Umstände bekannt würden, die auf eine bisher unbekannte, besonders starke Entwicklung der üblen Eigenschaft schließen ließen. Dann soll also der „Tatbestand" plötzlich ein anderer und damit die Einrede der Rechtskraft ausgeschlossen sein. **Diese These wird weder in RG. 128, 74** = JW. 1930, 2054 noch

auch im Urteil v. 17. Juni 1930 begründet. Dem Urteil RG. 128, 74 = JW. 1930, 2054 ist im Ergebnis beizustimmen. Obwohl das Urteil ganz richtig von der „Ausschlußwirkung des § 616 ZPO." spricht, leidet die Begründung doch unter der unrichtigen theoretischen Auffassung, daß es sich bei der Vorschrift des § 616 ZPO. um eine Erweiterung der objektiven Grenzen der Rechtskraft handele (vgl. hierzu unten D).

Der Kläger hatte im Vorprozeß auf Scheidung und nicht etwa auf Nichtigkeitserklärung der Ehe geklagt. Das RG. führt hier (RG. 128, 75 = JW. 1930, 2054) aus: „Waren die dem Anfechtungskläger zunächst bekannt gewordenen Umstände von der Art, daß sie nur den Schluß auf eine geringfügige, für ihn noch erträgliche Neigung zu Unsittlichkeiten gestatteten, so wäre zuzulassen, daß er eine nachträgliche Anfechtungsklage dann erhebe, wenn ihm Umstände bekannt werden, die auf ein ihm bisher unbekanntes besonders hohes Maß unsittlicher Neigungen schließen lassen."

4. Zwecks Würdigung dieses Urteils möchte ich zunächst nochmals auf das oben A 1 gegebene Beispiel zurückgreifen. Unterstellen wir, der M. hätte zu gleicher Zeit erfahren,

a) daß die F. ihre erste Ehe mehrfach gebrochen habe,

b) daß die F. ihm (nach der Heirat) nach dem Leben getrachtet habe.

Er erhebt nur die Scheidungsklage aus § 1566 BGB., obwohl er die Ehebrüche und weiter auch beweisen konnte, daß er die F. bei Kenntnis der Sachlage nicht geheiratet haben würde. Die Vorschrift des § 616 ZPO. war ihm — das soll unterstellt werden — unbekannt. Seine Ehescheidungsklage wird abgewiesen. Nunmehr erfährt er, daß die F. während ihrer Witwenschaft mit mehreren Männern geschlechtlich verkehrt hat. Es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß er hier eine Eheanfechtungsklage erheben kann, obwohl man hier nicht sagen kann, der mehrfache Ehebruch sei ein Umstand, der nur einen Schluß auf eine für den Kläger „noch erträgliche" Neigung zu Unsittlichkeiten zulasse. Die Wirkung des § 616 ZPO. erschöpft sich darin, daß gewisse Tatsachen in späteren Prozessen präkludiert sind. Ob diese Tatsachen (wenn sie vorgebracht worden wären) einen Schluß auf ein noch „erträgliches" oder nicht mehr erträgliches Maß unsittlicher Neigungen zugelassen hätten, ist vollständig gleichgültig!

Wie ist nun das RG. zu seiner — mindestens prima facie — eigenartigen Ansicht gelangt? Wie ich glaube, folgendermaßen: Es ging davon aus, daß § 616 ZPO. die Geltendmachung solcher Eheanfechtungsgründe ausschließe, die der Kläger schon im Vorprozesse geltend machen konnte. Nun ist seiner Auffassung nach Anfechtungsgrund ja im Falle des § 1333 BGB. die zur Anfechtung berechtigende persönliche Eigenschaft, z. B. Neigung zu Unsittlichkeiten. Hat der Kläger nun zur Zeit des ersten Prozesses die Tatsachen a, b, c gekannt, die geeignet waren, einen Schluß auf eine solche Neigung zuzulassen (und konnte er sie beweisen), so konnte er ja eine Eheanfechtungsklage erheben. Erfährt er dann später die Tatsachen d, e, f, die ebenfalls einen Schluß auf das Bestehen des gleichen Anfechtungsgrundes zulassen, so muß er sich, wenn er nunmehr eine neue Anfechtungsklage erhebt (immer nach Ansicht des RG.), entgegenhalten lassen: „diesen Anfechtungsgrund hättest du ja schon im Vorprozeß geltend machen können". Ganz anders liegen dagegen die Dinge, wenn die Tatsachen a, b, c, die der Kläger zur Zeit des Vorprozesses gekannt hat, nur geeignet waren, einen Schluß auf eine für ihn „noch erträgliche" Neigung zu Unsittlichkeiten zu rechtfertigen; denn eine „noch erträgliche" Neigung zu Unsittlichkeiten stellt eben keine zur Anfechtung berechtigende persönliche Eigenschaft dar. Also konnte der Kläger damals die Eheanfechtungsklage noch nicht erheben. Erfährt er dann nachher die Tatsachen d, e, f, die (für sich allein) geeignet sind, einen Schluß auf einen die Anfechtung rechtfertigenden Grad der Neigung zu Unsittlichkeiten zuzulassen, so kann er hierauf eine Anfechtungsklage stützen. Alsdann kann man ihm eben nicht entgegenhalten: „diesen Anfechtungsgrund hättest du schon im Vorprozeß geltend machen können".

Dieser Deduktion ist aber selbst dann nicht beizutreten, wenn man mit dem RG. davon ausgeht, daß die persönliche Eigenschaft im vorausgesetzten Falle der Klagegrund sei (vgl. hierüber unten A 6). Es wird dabei nämlich verkannt, daß § 616 ZPO. nicht etwa sagt: „Der Kläger kann das Recht, die Ehe anzufechten, nicht mehr auf solche Klagegründe stützen, die er in dem früheren Rechtsstreite geltend machen konnte." Der Paragraph spricht vielmehr nur davon, daß der Kläger das Recht, die Ehe anzufechten, nicht mehr auf gewisse „Tatsachen gründen" könne. Anders ausgedrückt: Nicht die Geltendmachung eines Anfechtungsrechts, sondern nur die Geltendmachung gewisser Tatsachen wird durch § 616 ZPO. ausgeschlossen (vgl. unten D).

5. Wie würden die Dinge nun liegen, wenn (in dem Falle RG. 128, 74 = JW. 1930, 2054) der Kläger schon im Vorprozeß die Eheanfechtungsklage erhoben und sich dabei nur auf Umstände gestützt hätte, die lediglich einen Schluß auf eine erträgliche Neigung zu Unsittlichkeiten zugelassen hätten, und diese Klage dann abgewiesen worden wäre? Hätte ihm dann die Einrede der Rechtskraft entgegengestanden, wenn er nunmehr eine neue Eheanfechtungsklage wegen Neigung der Beklagten zu Unsittlichkeiten erhoben und diese auf neue Tatsachen gestützt hätte, die einen Schluß auf ein stärkeres Maß von Neigung zu Unsittlichkeiten zugelassen hätten? Es unterliegt für mich nicht dem geringsten Zweifel, daß diese Frage bei Zugrundelegung der oben A 2 besprochenen Rechtsauffassung zu bejahen ist. Denn im ersten Prozeß hatte der Kläger doch natürlich auch behauptet, daß die Beklagte eine für ihn nicht mehr erträgliche Neigung zu Unsittlichkeiten hätte, und diese persönliche Eigenschaft (nicht die einzelnen Tatsachen, die einen Schluß auf das Vorliegen dieser Eigenschaft zulassen) soll ja doch (immer nach der oben A 2 wiedergegebenen Auffassung) der Klagegrund sein. Die Klage wäre somit (in beiden Fällen) schon dann hinreichend substanziert gewesen, wenn der Kläger darin gesagt hätte: „Die Beklagte hat (und hatte schon zur Zeit der Heirat) eine so große Neigung zu Unsittlichkeiten, daß ich berechtigt bin, die Ehe anzufechten." Wer das leugnet und verlangt, daß in der Klage schon „einzelne Tatsachen" angegeben werden müßten, verläßt damit die oben (A 2) gekennzeichnete Rechtsauffassung, wonach eben „einzelne Tatsachen" nicht zum Klagegrund gehören.

Gibt man aber zu, daß in beiden Fällen der Klagegrund (= Tatbestand i. S. von RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074) die Neigung zu Unsittlichkeiten ist, dann muß man weiter auch zugeben, daß die Einrede der Rechtskraft im zweiten Prozeß durchschlägt. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob der erste Richter die Klage abgewiesen hat, weil seiner Ansicht nach die vom Kläger vorgebrachten einzelnen Tatsachen nur einen Schluß auf eine noch erträgliche Neigung zu Unsittlichkeiten zuließen, oder etwa deshalb, weil die (eine starke Neigung rechtfertigenden) Tatsachen nach Ansicht des Gerichts nicht bewiesen waren. Gleichgültig ist es weiter auch, ob der Richter des zweiten Prozesses der Ansicht ist, die im ersten Prozeß vorgebrachten Tatsachen seien (schon „an sich") nicht geeignet gewesen, einen Schluß auf die vom Kläger behauptete üble Eigenschaft zu rechtfertigen. In allen Fällen stellt das Urteil (nach der Grundanschauung des RG.) rechtskräftig fest, daß eine zur Anfechtung berechtigende Neigung zu Unsittlichkeiten nicht vorhanden sei. Die Gründe ändern nichts an den objektiven Grenzen der Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO.). Erst recht muß es natürlich gleichgültig sein, ob der Richter des zweiten Prozesses (womöglich im Gegensatz zum Richter des Vorprozesses!) der Ansicht ist, die im ersten Prozeß vorgebrachten Tatsachen seien schon an sich nicht geeignet gewesen, den Schluß auf eine die Anfechtung rechtfertigende Neigung zu Unsittlichkeiten zuzulassen. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft eines Urteils können niemals abhängen von der subjektiven Auffassung des Richters, der einen späteren Prozeß zu entscheiden hat.

6. Das Ergebnis ist gerade vom Standpunkt der Substanzierungstheorie aus unbefriedigend. Legen doch die Anhänger dieser Lehre entscheidendes Gewicht darauf, daß dem Kläger durch die Rechtskraft für spätere Prozesse nicht die Geltendmachung solcher Tatsachen abgeschnitten wird, die er

— wenn auch nur aus subjektiven Gründen — im Vorprozeß nicht geltend machen konnte (vgl. hierzu RheinZ. 12 [1923], 471 ff.).

Diese — sit venia verbo — Disharmonie ist m. E. darauf zurückzuführen, daß das RG. eine Vorfrage unrichtig entschieden hat, die Frage nämlich, was (nach der Substanzierungstheorie) bei einer Klage aus § 1333 BGB. der Klagegrund ist. Nachdem RG. 95, 290 ausgeführt hatte, unter einer persönlichen Eigenschaft sei die Beschaffenheit einer Person zu verstehen, fährt es fort: „Eine geistige oder sittliche Beschaffenheit einer Person ist aber nicht unmittelbar wahrnehmbar, sie wird erschlossen aus den Handlungen ... Bei einer Reihe von Handlungen ist ... von vornherein ein Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen, von dem sie ausgingen, anzunehmen. Wenn das BG. im gegebenen Falle ausspricht, es handle sich bei den widernatürlich unzüchtigen ... Handlungen des Beklagten, die festgestellt wurden, nicht um Verfehlungen, die sich der Beklagte nur gelegentlich habe zuschulden kommen lassen, vielmehr bildeten alle diese Verfehlungen eine einzige Kette, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß das BG. eine Eigenschaft des Beklagten, ein Handeln aus einer Wesensrichtung heraus annimmt. Daß dabei ausdrücklich das Wort „Eigenschaft" gebraucht wird, ist nicht erforderlich, wenn nur das Wesen des Begriffs getroffen ist."

Hier wird die Feststellung des Handelns des Beklagten aus einer Wesensrichtung heraus gleichgesetzt der Feststellung des Bestehens einer Eigenschaft des Beklagten. Daraus folgt aber, daß es zur Substanzierung einer Klage aus § 1333 BGB. auch genügen muß, wenn ein derartiges Handeln behauptet wird. Zugleich ergibt sich aus dem Urteil, daß es umgekehrt nicht genügt, wenn etwa nur das Vorliegen einer (wenn auch näher gekennzeichneten) Neigung zu Unsittlichkeiten behauptet wird; denn — so sagt ja das RG. — die Beschaffenheit einer Person ist nicht unmittelbar wahrnehmbar, sie wird „erschlossen" aus Handlungen. Diesen Schluß kann der Richter aber nur ziehen, wenn er weiß, welche Handlungen nach Ansicht des Klägers in concreto begangen worden sind. Nur dann kann er eine „Rechtsfolge ableiten" (vgl. RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074). Daraus ergibt sich aber wiederum: Tatbestand i. S. von RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074 sind bei der Klage aus § 1333 BGB. die Tatsachen (Handlungen), die einen Schluß auf das Bestehen einer zur Anfechtung berechtigenden persönlichen Eigenschaft rechtfertigen. Oder (dasselbe anders ausgedrückt): Eine Eheanfechtungsklage ist nur dann (ausreichend) substanziert, wenn der Kläger Tatsachen (Handlungen) behauptet hat, aus denen sich (ihre Wahrheit vorausgesetzt) ergibt, a) daß die Bekl. anders beschaffen ist, als er bei der Heirat angenommen hatte; und b) daß der Kläger bei Kenntnis der Sachlage usw.

Erkennt man das an, so muß man in dem oben A 1 gegebenen Beispiel annehmen, daß dem Kläger im zweiten Prozeß die Einrede der Rechtskraft nicht entgegensteht; denn alsdann hat ja der erste Richter nur entschieden: der Tatbestand (d. h. die in diesem Prozeß behaupteten Handlungen) hat nicht die „verneinte Rechtsfolge" gehabt (RG. 125, 161 = JW. 1929, 3074). Konkret gesprochen: Aus diesem Tatbestand ergibt sich nicht, daß der Kläger ein Eheanfechtungsrecht aus § 1333 BGB. hat. Über die Frage, ob ein anderer Tatbestand (also andere Handlungen der Beklagten) einen Schluß auf das Bestehen eines solchen Anfechtungsgrundes zulassen, ist im ersten Prozeß überhaupt nicht entschieden worden.

B. 1. Nunmehr ist es nicht mehr schwer, zum Urt. vom 17. Juni 1930 kritisch Stellung zu nehmen. Die Dinge liegen hier anders als im Falle RG. 128, 74 = JW. 1930, 2054. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger ja schon im ersten Prozeß die Eheanfechtungsklage erhoben und war damit (rechtskräftig) abgewiesen worden. Wir haben es hier also mit dem oben A 5 ausführlich erörterten Sachverhalt zu tun. Im Vorprozeß hatte das Gericht Beweis erhoben, es war also offenbar (im Gegensatz zum RG.) der Ansicht, daß die damals vorgebrachten Tatsachen („an sich") geeignet waren, einen Schluß auf das Bestehen der Eigenschaft zu rechtfertigen. Die Klage ist damals nur abgewiesen worden, weil nach Ansicht des Gerichts nicht bewiesen war, daß die Eigenschaft schon zur Zeit der Heirat bestanden hatte. Das RG. hätte hier zunächst prüfen müssen, ob nicht (nach allgemeinen Grundsätzen; § 322 Abs. 1 ZPO.) die Einrede der Rechtskraft durchschlage. Erst nach Verneinung dieser Frage war weiter zu prüfen, ob die Klage nicht etwa deswegen abzuweisen sei, weil der Kläger sich auf Tatsachen stützte, auf die er nach § 616 ZPO. eine Eheanfechtungsklage nicht mehr „gründen" durfte. Eine solche klare Scheidung lassen die Gründe vermissen.

Was die erste Frage betrifft, so war sie — wie ich oben, namentlich in A 5, zu zeigen versucht habe — nach der Grundanschauung des RG. zu bejahen. Das RG. hat sie verneint. Nunmehr kam es also darauf an, ob dem Kläger nicht die „Ausschlußwirkung" des § 616 ZPO. entgegenstehe. Bei Prüfung dieser Frage hat das RG. entscheidendes Gewicht darauf gelegt, daß die im ersten Prozeß vorgebrachten Tatsachen nicht geeignet waren, „einen Schluß auf eine Eigenschaft des anderen Ehegatten i. S. des § 1333 BGB. zu rechtfertigen". Wie oben (A 4) bereits ausgeführt wurde, ist dieser Umstand aber für die Anwendbarkeit des § 616 ZPO. vollständig gleichgültig. Es kommt lediglich darauf an, daß der Kläger nunmehr neue Tatsachen vorbringt, die für sich allein geeignet sind, einen Schluß auf das Bestehen der Eigenschaft zu rechtfertigen.

Im praktischen Ergebnis ist aber dem Urteil — wie schon oben betont wurde — jedenfalls dann beizustimmen, wenn man sich auf den Boden der Substanzierungstheorie stellt. Die m. E. zutreffende theoretische Begründung ergibt sich aus meinen Ausführungen oben A 5.

2. Es sei in diesem Zusammenhange noch darauf hingewiesen, daß die Ansicht des RG. unlauteren Machenschaften Tür und Tor öffnet. Nehmen wir einmal an, die F. (vgl. oben A 1) habe sich während ihrer ersten Ehe nichts zu schulden kommen lassen, aber während ihrer Witwenschaft ein unsittliches Leben geführt. Sie erfährt nun, daß M. davon Wind bekommen hat und im Begriff steht, Erkundigungen über ihr Vorleben einzuziehen. Es wird ihr alsdann nicht allzuschwer sein, durch Mittelspersonen in dem M. den Glauben zu erwecken, sie hätte ihre erste Ehe mehrfach gebrochen. Bleibt M. dann hinterher — wie es im vorausgesetzten Falle ja nicht anders sein kann — beweisfällig, so kann die F. ganz beruhigt sein. Erfährt M. später die während ihrer Witwenschaft vorgekommenen Verfehlungen, so kann er hierauf ja (nach dem RG.) keine neue Eheanfechtungsklage mehr stützen. Denn man kann ja hier nicht sagen, daß die im ersten Prozeß vorgebrachten Tatsachen an sich nicht geeignet gewesen seien, die Anfechtung zu rechtfertigen.

3. Aber selbst wenn man von alledem einmal absieht, bleibt noch ein gewichtiges Bedenken: Das RG. führt zunächst aus, „einzelne Tatsachen" gehörten nicht zum Klagegrund, nimmt aber trotzdem später an, es sei für die objektiven Grenzen der Rechtskraft von Bedeutung, welche Tatsachen der Kläger behauptet habe. Das ist genau so, wie wenn jemand sagen wollte: „Zur Substanzierung einer positiven Eigentumsfeststellungsklage ist die Angabe eines Erwerbsgrundes nicht erforderlich. Wird die Klage aber abgewiesen, so ist es für den Umfang der objektiven Grenzen der Rechtskraft bedeutsam, welche Erwerbsgründe der Kläger geltend gemacht hat."

C. Im Vorstehenden (A und B) habe ich mich — wie ich wohl kaum besonders zu betonen brauche — ganz auf den Boden der Substanzierungstheorie gestellt, zu der sich das RG. in RG. 125, 161 wiederum deutlich bekennt. Es würde zu weit führen, wollte ich hier auch noch auseinandersetzen, zu welchen Ergebnissen man nach der Individualisierungstheorie gelangt, die ich de lege lata für richtig und de lege ferenda für empfehlenswert halte (vgl. RheinZ. 12 [1923], 489 ff., 528).

D. Wie ich oben bereits beiläufig bemerkt habe, werden durch die Vorschrift des § 616 ZPO. nicht die objektiven Grenzen der Rechtskraft erweitert. Es handelt sich hier nicht um eine Rechtskraftwirkung, sondern um eine Nebenwirkung des Urteils, die in einer Präklusion gewisser Tatsachen besteht. Hat eine Ehefrau ihrem Manne eine grobe Mißhandlung verziehen, so kann auf diese Tatsache „eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet wer-

den" (§§ 1573, 1570 BGB.). Genau das gleiche gilt, wenn die Ehefrau mit einer (auf andere Gründe gestützten) Scheidungs- oder Anfechtungsklage abgewiesen worden ist und eine (nicht verziehene) grobe Mißhandlung damals schon stattgefunden hatte und bewiesen werden konnte (vgl.: „auf Tatsachen gründen" in § 616 ZPO.). Ebensowenig wie im ersten besteht im zweiten Falle eine Veranlassung, zu fingieren, es sei ein Urteil ergangen, das eine auf grobe Mißhandlung gestützte Scheidungsklage abgewiesen hätte. Ganz richtig spricht unser Urteil an einer anderen Stelle — ebenso wie RG. 128, 76 = JW. 1930, 2054 — denn auch von der „Ausschlußwirkung des § 616 ZPO."[2]).

Ein der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil mit dem Inhalt: „Es wird festgestellt, daß dem Kläger kein Eheanfechtungsrecht zusteht[3]), **vorausgesetzt**, daß der Kläger zu einem bestimmten Zeitpunkt die Tatsachen X und Y nicht kannte", ist unserem Rechte fremd[4]). Deshalb sollte man auch nicht fingieren, daß ein materiell rechtskräftiges Urteil dieses Inhalts ergangen sei[5]).

Für das in diesem Abschnitt (D) Gesagte ist es vollständig gleichgültig, welcher Rechtskraftlehre man folgt, und weiter auch, ob man sich zur Individualisierungs- oder zur Substanzierungstheorie bekennt[6]).

[2]) Über die Frage, inwieweit § 1573 BGB. im Falle des § 616 ZPO. entsprechend anwendbar ist, vgl. RG. a. a. O., aber auch **Stein-Jonas** (14) § 616 Bem. II und wegen der Beweislast a. a. O. zu N. 10; anders mit Unrecht RG. 42, 384 f.; vgl. aber auch RGWarn. 1918 Nr. 102.

[3]) Oder daß eine sonstige „Rechtsfolge" nicht besteht.

[4]) Vgl. LZ. 1929, 1298 Abs. 2.

[5]) Vgl. hierzu v. **Seuffert** (Kommentar, § 616 Bem. 3c), der auch scharf unterscheidet zwischen der „Rechtskraft des abweisenden Urteils" und der „Ausschließung der Benutzbarkeit von Tatsachen".

[6]) Vgl. hierzu LZ. a. a. O. und meine daselbst angeführten Arbeiten sowie weiter Judicium 2, 93 N. 49. Die in Judicium a. a. O. aufgestellte Behauptung, ein Gatte könne nach der Individualisierungstheorie nur **ein** Ehescheidungsrecht aus § 1568 BGB. haben, kann ich nicht aufrechterhalten. — Vgl. zur Individualisierung der Ehescheidungsrechte die treffenden Ausführungen von **Hellwig**, Lehrb. 3, 247 ff., insbes. 251. Seine grundlegenden Untersuchungen über die Frage, wann ein anderer Klagegrund vorliegt, sind, wie er sehr richtig bemerkt, auch für die Anhänger der Substanzierungstheorie bedeutsam.

Für welche Berufungen gilt die durch die NotVO. vom 6. Okt. 1931 (Teil VI Kap. I § 10) erhöhte Berufungssumme?

I.

Volkmar: JW. 1931, 3181 hat die Ansicht vertreten, eine nach dem 7. Okt. 1931 eingelegte Ber. sei bei einer Beschwer von mehr als 50 *RM*, aber weniger als 100 *RM* dann zulässig, wenn der Rechtsstreit vor dem 8. Okt. 1931 rechtshängig gewesen ist, weil die in § 10 Kap. I Teil 6 NotVO. v. 6. Okt. 1931 verfügte Erhöhung der BerSumme gem. Abs. 3 a. a. O. in den bei Inkrafttreten der NotVO. „anhängig gewesenen Verfahren" nicht zu berücksichtigen sei. Diese, **beispielsweise von sämtlichen zuständigen Kammern des LG. Frankfurt a. M.** trotz der Ausführungen **Volkmars** abgelehnte Auffassung ist mit dem Wortlaut und Sinn der NotVO. nicht ohne weiteres vereinbar.

Entscheidend für die Auslegung ist zunächst das Wort „anhängig" in § 10 Abs. 3 a. a. O., denn daß der Begriff Verfahren keinen verschiedenen Sinn haben kann, je nachdem ob es sich um Abs. 1 oder 2 a. a. O. handelt, bedarf kaum einer Erörterung. Die ZPO. kennt den Begriff „anhängig" nicht, sie bedient sich vielmehr des Wortes „rechtshängig" (§ 263 ZPO.). Es fragt sich also, ob die NotVO. „anhängig" in diesem zivilprozessualen Sinne verstanden hat oder ob sie nicht mit „anhängig" das Verf. in der Instanz bezeichnet. Für die letzte Auffassung spricht m. E. alles, für die erste wenig.

In RG. 111, 28 ist ausgeführt, daß die in Notzeiten unter dem Druck äußerer Verhältnisse schnell erlassenen Ges. und VO. nicht mit den herkömmlichen, strengen Methoden jurist. Interpretation ausgelegt werden dürfen. Gerade die geschwinde, manchmal überstürzte Gesetzgebung der neueren Zeit zwingt immer mehr, die Auslegung weniger auf die Analogie mit bekannten und geübten Rechtsbegriffen, als vielmehr darauf abzustellen, was der Gesetzgeber mit der Neuregelung **gewollt und zum Ausdruck gebracht** hat.

Der Zweck der NotVO. v. 6. Okt. 1931 war: **sparen, und zwar sofort**. Dies wird, abgesehen von den zahlreichen Best. in anderen Teilen der NotVO., in dem der Rechtspflege gewidmeten Teil 6 besonders deutlich durch die in Kap. I § 19 getroffenen Anordnungen, die dafür sorgen, daß die durch die Wiedereröffnung des ersten Rechtszuges vor der großen StrK. gegebenen Möglichkeiten zur Einsparung unter Ausschaltung sämtlicher die Zuständigkeit anderer Gerichte begründenden Vorschr. und Beschl. sofort ausgenutzt werden können: man hat sogar zu diesem Zwecke die Richter durch Ges. an andere Gerichte versetzt.

Geht man hiervon aus, so ist anzunehmen, daß auch die durch die Erhöhung der BerSumme beabsichtigte Einsparung sofort erfolgen sollte: mit dem Inkrafttreten der NotVO. sollten nur noch Ber. mit einer Beschwer von mehr als 100 *RM* eingelegt werden können. Unter anhängig i. S. der NotVO. ist daher „in der Instanz anhängig" zu verstehen.

Zu Unrecht wird hiergegen eingewendet, bei dieser Auffassung sei der in § 10 Abs. 3 a. a. O. ausgesprochene Vorbehalt überflüssig gewesen. Allerdings haben Änderungen der ProzGes. keine rückwirkende Kraft, sofern nichts anderes bestimmt wird. Die neuen Ges. finden aber grundsätzlich ausnahmslos auf die schwebenden Verf. Anwendung (vgl. auch RG. 113, 313 = JW. 1927, 371[4]). Wie das RG.: JW. 1929, 2528 ausgeführt hat, müssen die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rechtsmittels noch im Augenblick der letzten mündl Verhandlung gegeben sein (s. a. RG. 113, 246 = JW. 1926, 2084). Ohne den Vorbehalt in § 10 Abs. 3 a. a. O. wären daher alle Ber. mit einer Beschwer von weniger als 100 *RM* als unzulässig zu verwerfen, auch wenn sie vor dem 8. Okt. 1931 eingelegt worden sind.

Aus diesem Grunde haben auch alle früheren Ges. und VO., die die BerSumme erhöhten, ausdrücklich bestimmt, daß die Erhöhung für die vor dem Inkrafttreten der neuen Best. eingelegten Ber. unbeachtlich bleiben solle (vgl. Art. 2 VO. v. 18. Mai 1916 [RGBl. 393]; Art. VI Ges. v. 8. Juli 1922 [RGBl. I, 569]; Art. V Ges. v. 27. März 1923 [RGBl. I, 217], bes. Vorschr., daß Rev. für unzulässig erklärt wird; Art. IV VO. v. 23. Juli 1923 [RGBl. I, 742]; Art. 2 VO. v. 15. Nov. 1923 [RGBl. I, 884]).

Keine dieser Ges. und VO. haben einen Vorbehalt dahin gemacht, daß die neuen Vorschr. auch auf Urt. Anwendung fänden, die nach dem Wirksamwerden der Änderung ergehen. Der Wortlaut ließ auch keinen Zweifel darüber zu, daß für solche Urt. die erschwerten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Ber. maßgebend sein sollten. Es ist daher — ein weiterer Grund für die hier vertretene Auffassung — nicht einzusehen, warum die NotVO. v. 6. Okt. 1931, der es aus den dargelegten Gründen auf möglichst schnelle Ersparnisse ankam, umfangreichere Ausnahmen hätte zulassen wollen.

Ebensowenig dürfte der Hinweis darauf verfangen, daß die Parteien sich vielleicht im ersten Rechtszuge verglichen hätten, wenn sie mit der Möglichkeit eines Abschneidens der Ber. gerechnet hätten. Einmal hat niemand, der einen Betrag bis zu 100 *RM* einklagte, die Gewähr gehabt, daß das ergehende Urt. der Ber. unterliegen werde, denn auch nach den alten Best. war die Ber. unzulässig, wenn er zur Hälfte unterlag. Darüber hinaus zeigt die NotVO. in allen entscheidenden Maßnahmen, daß sie auf die Erwartungen und Belange der von ihr Betroffenen keine Rücksicht nimmt. Auf die viel einschneidenderen, weil die Ber. im Strafverf. ausschließenden Best. der §§ 1, 19 Kap. I Teil 6 ist bereits hingewiesen. Es ist bekannt, daß einer der nunmehr im ersten Rechtszuge vor der StrK. verhandelten Prozesse nur mit Rücksicht auf die Wünsche eines Angekl. auf einen Zeitpunkt nach dem 7. Okt. 1931 verlegt wurde. Auch die Kürzungen der Gehälter traten mit sofortiger Wirkung in Kraft, ohne daß die Gehaltsempfänger die Möglichkeit gehabt hätten, sich durch Kündigung der Mietverträge usw. darauf umzustellen.

Somit verbleibt für die von **Volkmar** vertretene Meinung das Argument, daß nach der hier begründeten Auffassung Urt. im ordentl. Verf. — und nicht im SchiedsGVerf. — ergehen, die dennoch der Ber. nicht unterliegen. Auch dieser Einwand dürfte nicht schlüssig sein. Mancher wird von einem Rechtsstreit Abstand nehmen, bei dessen Durchführung er nicht Gewähr hat, daß die strengen Formen des ZP. innegehalten werden. Darüber hinaus können die im ordentl. Verf. zu erlassenden Urt. mit einem Streitwert zwischen 50 *RM* und 100 *RM* im Wiederaufnahmeverf. angegriffen werden, wenn der AR. sie im Schiedsverf. ergehen ließ. In keinem Falle darf aber diese — vielleicht durch ein Versehen hervorgerufene — Divergenz dazu führen, den Zweck der NotVO., sofort zu sparen, zu vereiteln. Würde man der von **Volkmar** vertretenen Ansicht folgen, so könnten in Jahr und Tag — mindestens aber noch in den nächsten 10—12 Monaten — Prozesse mit einem Streitwert von unter 100 *RM* am LG. verhandelt werden, das dann zu gleicher Zeit mit den Ber. in den dem AG. durch Erhöhung seiner Zuständigkeit neu zugewiesenen Rechtsstreiten befaßt wäre: eine Ersparung würde dann überhaupt kaum eintreten.

Auch der Hinweis **Volkmars** auf die anders gefaßte Best. des § 13 Abs. 2 a. a. O. vermag nichts daran zu ändern, daß angesichts des Zweckes der NotVO. in § 10 Abs. 3 a. a. O. das Wort „anhängig" nicht ohne Not i. S. von „rechtshängig" zu verstehen ist. Dies dürfte um so mehr gelten, als es ohne Schwierigkeiten möglich

gewesen wäre, die gegenteilige von **Volkmar** verfochtene Meinung durch Verwendung des terminus technicus klar im Ges. zum Ausdruck zu bringen. Das hat man aber nicht getan.

Aus diesen Gründen verwerfen denn auch sämtliche mit Ber. (und Beschw. nach § 99 Abs. 3 ZPO.) befaßten Kammern des LG. Frankfurt a. M. die nach dem 7. Okt. 1931 eingelegten Ber. mit einer Beschwer bis 100 RM als unzulässig.

Amts- u. Landrichter **Mankiewicz**, Frankfurt a. M.

II.

Aus den Zuschriften, die meinen Nachtrag in JW. 1931, 3181 veranlaßten, glaubte ich entnehmen zu können, daß es den Gerichten nur darauf ankam, wegen der bei ihnen aufgetauchten verschiedenartigen Auslegung des § 10 Abs. 3 Teil 6 Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931 die in dem hierfür federführenden RJM. bestehende Auffassung zu hören, damit diese zur Grundlage einer einheitl. Rspr. dienen könnte. Ich mußte daher annehmen, die Gerichte gingen von der praktisch zweckmäßigen, vor allem die Rechtssicherheit fördernden Auffassung aus, daß es in einer solchen rein formalen Frage weniger darauf ankomme, *wie* sie entschieden werde, als daß sie *einheitlich* entschieden werde. Da nun die von mir vertretene Meinung diejenige Auslegung des § 10 Abs. 3 gibt, die die Rechte der Parteien am meisten schont, und die Härte, die in der Abschneidung einer zweiten Instanz liegt, wesentlich mildert, so glaubte ich, es würde den Gerichten keine Überwindung kosten, sich ihr anzuschließen. Deshalb, und um den Raum der JW. nicht unnötig in Anspruch zu nehmen, hatte ich die Begründung so kurz wie möglich gefaßt. Jetzt zeigen mehrfache an die JW. gelangte Aufsätze einmal, daß meine Begründung ihrer Kürze wegen häufig mißverstanden ist und ferner, daß meine Auslegung der Übergangsvorschr., gerade weil sie die berechtigten Interessen der Parteien möglichst schont, von einzelnen Gerichten bekämpft wird, die es für selbstverständlich halten, eine Sparmaßnahme unter Zurückstellung aller anderen Erwägungsgründe so auslegen zu müssen, daß der denkbar größte und schleunigste Spareffekt herauskommt.

Deshalb seien die für meine Auslegung des § 10 Abs. 3 maßgebenden Gründe an der Hand des vorstehenden Aufsatzes von **Mankiewicz** noch ausführlicher dargelegt.

Vorweg sei folgendes bemerkt: § 10 Abs. 3 ist wörtlich aus einem Gesetzentw. entnommen worden, der neben Erhöhung der amtsgerichtl. Zuständigkeit auch eine Erhöhung der BerSumme und der für das SchiedsurtVerf. maßgebl. Wertgrenze vorsah. Dieser Entw., der von dem früheren RT. abgelehnt wurde, war vorher vom Reichsrat nach eingehender Beratung angenommen worden. Dieser Beratung war eine sorgfältige Prüfung des Entw. in den JustMin. der Länder vorausgegangen. Trotzdem war von keiner einzigen Seite die Übergangsvorschr. anders als in dem hier von mir vertretenen Sinne ausgelegt oder als unklar oder doppeldeutig gefaßt beanstandet worden. Schon diese Tatsache widerlegt die Meinung von **Mankiewicz**, daß für seine Auslegung des § 10 Abs. 3 „alles“, für die meinige „wenig“ spreche.

M. bekämpft meine Ansicht, die dahin geht, es sei selbstverständlich und hätte daher keiner besonderen Hervorhebung bedurft, daß eine vor dem Inkrafttreten einer Änderung der BerSumme eingelegte Ber. noch nach früherem Recht zu beurteilen ist. M. hält das Gegenteil für richtig! Er übersieht hierbei, daß die von ihm angezogenen Entsch. des RG. ganz andere Fälle im Auge haben, nämlich einmal die Veränderung des Beschwerdegegenstandes in der Rechtsmittelinstanz und außerdem die Änderung der Vorschr. über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Zur Frage der Einwirkung einer Änderung der Rechtsmittelvorschr. auf schwebende Prozesse steht (im strikten Gegensatz zur Meinung von M.) längst fest, daß, wenn Übergangsvorschr. fehlen, das nach altem Recht wirksam eingelegte Rechtsmittel durch eine gesetzgeberische Erhöhung der Rechtsmittelsumme nicht nachträglich unzulässig werden kann (**Stein-Jonas**, 14. Aufl., Bd. 2 S. 1190). Zweifelhaft kann nur sein, ob bei Fehlen von Übergangsvorschr. nicht auch die Zulässigkeit eines *nach* dem Inkrafttreten der Neuregelung eingelegten Rechtsmittels nach altem Recht zu beurteilen ist, *wenn das Urteil unter dem alten Rechtszustand verkündet war*. Ich habe diese Frage, die beim Inkrafttreten des ArbGG. wegen der im ArbGG. vorgesehenen Verkürzung der BerFrist praktisch wurde, bejaht (JW. 1927, 1623), und das RArbG. hat sich in seinem Beschl. v. 30. Sept. 1927, RAG B 6/27 dem angeschlossen (ArbRspr. 1927, 35).

Die von M. herangezogenen, bei früheren Änderungen von Rechtsmittelvorschr. gegebenen Übergangsvorschr. geben auch sämtlich nicht, wie M. meint, eine mit seiner Auslegung des § 10 Abs. 3 übereinstimmende Regelung in dem Sinne, daß die neuen Vorschr. nur auf die vor ihrem Inkrafttreten *eingelegten* Rechtsmittel keine Anwendung finden, sondern stellen darauf ab, ob das anzufechtende Urt. vor oder nach dem Inkrafttreten der neuen Vorschr. verkündet wurde. Nur in einem Falle (bei der VO. v. 27. März 1923 [RGBl. I, 217]) war vorgesehen, daß die Erhöhung der Revisionssumme auch auf die beim Inkrafttreten der Neuerung bereits anhängigen Rev. Anwendung finden sollte. Daß der Gesetzgeber im Gegensatz zu M. dies nicht für die normale Folge der Änderung der Rechtsmittelsumme, sondern für einen schweren, nur durch die außerordentl. Verhältnisse der Inflationszeit zu rechtfertigenden Einbruch in erworbene Rechte hielt, zeigt sich schon darin, daß die vor dem Inkrafttreten der VO. v. 27. März 1923 eingelegten Rev., wenn sie die neue RevGrenze nicht erreichten, nicht als unzulässig zu verwerfen waren, sondern das RG. nur durch Beschl. die weitere Verfolgung des Rechtsmittels für unzulässig zu erklären hatte.

Beruhen also diese das Thema probandum nur indirekt berührenden Erwägungen von M. durchweg auf Irrtümern, so vermisse ich anderseits jede bündige Widerlegung der schon allein aus dem Wortlaut der VO. von mir hergeleiteten Schlußfolgerungen. Nichts liegt doch näher als zu sagen, *wenn die VO. einmal in § 10 von „Verfahren“ und sodann in § 13 von „Verfahren der Instanz“ spricht, so muß mit diesen verschiedenen Ausdrücken auch ein verschiedener Sinn gemeint sein!* Verfahren schlechthin kann dann eben nur das ganze Verfahren von der Klage an bezeichnen. Hierzu kommt noch, daß das Wort „Verfahren der Instanz“ nicht eine Neuerfindung der VO. ist, sondern schon im § 77 GKG. gebraucht wird und in der neueren Kostengesetzgebung wiederholt verwendet wird. Es ist recht weit hergeholt, wenn M. demgegenüber meint, trotz der Verwendung des Ausdrucks „Verfahren“ sei gleichwohl in § 10 klar, daß die VO. auch hier Verfahren der Instanz *gemeint* habe. Ganz abgesehen davon, daß darin eine Flüchtigkeit der Redaktion läge, die man doch nicht als das Normale und Selbstverständliche unterstellen sollte, sind auch die Argumente, die M. dafür anführt, keineswegs überzeugend. M. beruft sich darauf, daß man die Anhängigmachung des Verfahrens *in erster Instanz* mit Rechtshängigkeit bezeichne, er will also offenbar darauf hinweisen, man könne den Ausdruck Rechtsstreit und Rechtshängigkeit nicht ohne Grund durch den unbestimmteren „Verfahren“ und „anhängig“ ersetzt haben. Den Grund hierfür sieht er offenbar darin, daß man für die Zulässigkeit des Schiedsurt. und der Ber. gerade nicht einheitlich die Rechtshängigkeit der Sache selbst, sondern nur die Anhängigkeit *des Verfahrensabschnitts*, für den die Summenänderung eine Rolle spiele, maßgebend machen wollte! Er meint im Zusammenhang hiermit, die VO. hätte das nach meiner Auffassung von ihr Gewollte nur dann zum Ausdruck gebracht, wenn sie gesagt hätte, die Vorschr. von § 10 Abs. 1, 2 finden nur „für die Streitsachen Anwendung, die nach dem Inkrafttreten der VO. rechtshängig geworden sind“. Daß diese Fassung nicht gewählt wurde, hat aber einen ganz anderen und viel näherliegenden Grund, als M. annimmt: Die Mehrzahl der amtsgerichtlichen Sachen wird nicht durch Klage, sondern durch ein Mahn- oder Güteverfahren anhängig. Die Einleitung dieser Verfahren führt eine „Rechtshängigkeit“ noch nicht herbei, wenn auch nachträglich beim Übergang ins Streitverfahren die Zustellung des Güteantrags oder des Zahlungsbefehls hinsichtlich der Rechtshängigkeit durch eine Fiktion der Klagezustellung gleichgestellt wird. Da also im Augenblick der Zustellung des Güteantrags oder des Zahlungsbefehls noch kein Rechtsstreit und keine Rechtshängigkeit vorliegt, erforderte es die Genauigkeit, statt von Rechtshängigkeit und Rechtsstreit von einem anhängigen Verfahren zu sprechen. Es ist übrigens auch ein Irrtum von M., wenn er meint, daß die ZPO. das Wort „anhängig“ gar nicht kenne, es sei nur an §§ 926, 927 ZPO. und § 104 GVG. erinnert. Man kann nach alledem aus der Verwendung des Ausdrucks „anhängig“ keineswegs schließen, daß hier das Wort „Verfahren“ entgegen seiner allg. Bedeutung in dem beschränkten Sinne des „Verfahren der Instanz“ zu deuten ist, zumal doch für den Gesetzgeber nichts nähergelegen hätte, als, wenn er Verfahren der Instanz *gemeint* hätte, ebenso wie in § 13 auch Verfahren der Instanz *zu sagen*. Unverständlich ist mir, wenn in einer Zuschrift an die JW. erklärt wird, die Fassung des § 13 könne deshalb zur Erklärung des § 10 nicht herangezogen werden, weil sie einen anderen Gegenstand, nämlich die Gerichtskosten, betreffe. Es handelt sich ja gar nicht um den materiellen Inhalt der Vorschr. des § 13, sondern um die vom Entw. verwendete formale Worttechnik, nämlich darum, festzustellen, daß die VO. in Übereinstimmung mit der neueren Gesetzestechnik zwischen Verfahren schlechthin und „Verfahren der Instanz“ wohl zu unterscheiden weiß und, wo sie in einer Regelung letzteres meint, dies auch klar ausdrückt.

Es kommt noch eins hinzu, hätte die VO. zum Ausdruck bringen wollen, *daß jede nach dem Inkrafttreten der VO. eingelegte Berufung den neuen Vorschr. unterliegen soll*, so wäre nicht abzusehen, warum sie dies nicht mit entsprechenden Worten ausgedrückt haben sollte, anstatt zu sagen, es komme darauf an, wenn das Verfahren anhängig geworden ist. Das gilt um so mehr, als eine Übergangsvorschr. i. S. von M. etwas Ungewöhnliches gewesen wäre, da frühere Übergangsregelungen, was, wie dargelegt, M. übersieht, nur die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts ergangenen Urt. den neuen Anfechtungsbeschränkungen unterwerfen, bei früheren Urt. dagegen auch die nach dem Inkrafttreten der Neuregelung eingelegten Rechtsmittel noch nach altem Recht beurteilten, obwohl jene Neuregelungen nicht wie die VO. v. 6. Okt. 1931 sofort in Kraft traten.

Spricht danach, logisch und textkritisch betrachtet, alles für die von mir vertretene Auslegung des § 10 Abs. 3, so bleibt nur noch die Berufung M.s auf die ratio legis übrig. Gewiß sollte durch die VO. gespart werden, und schnell sparen ist besser als langsamer sparen, aber daraus folgt doch nicht, daß auch bei Teilen der VO., die im rechnerischen Ergebnis zu den am wenigsten wirksamen gehören, der

Schnelligkeit des Sparens alle anderen Rücksichten weichen müssen. Zwei Gesichtspunkte kamen hier in Betracht: Einmal der Einklang mit dem Schiedsurteilsverfahren. Bisher war es so, daß, abgesehen von den Fällen, in denen sich nach der Klagerhebung der Streitwert verminderte oder ein Urt. nur z. T. angefochten werden sollte, in den nichtberufungsfähigen Sachen auch das Schiedsurteilsverfahren zulässig war. Diese technisch wünschenswerte Übereinstimmung wollte die VO. erhalten, auch für die Übergangszeit. Deshalb schuf sie eine Übergangsvorschr., die für die Anwendung der Erhöhung sowohl der Schiedsurteils- wie der BerSumme einheitlich die Anhängigkeit des Verfahrens maßgebend sein ließ, was wegen der in §§ 499e Abs. 1 Satz 2 und 696 Abs. 3 ZPO. enthaltenen Fiktion praktisch auf Maßgeblichkeit der Rechtshängigkeit der Streitsache in erster Instanz hinausläuft[1]). Zweitens hatte diese Rücksicht auf die Gleichartigkeit der Übergangsregelung für Schiedsurteil und Ber. zugleich auch den Vorteil, daß sie die Härte, die in einer von einem Tage zum anderen in Kraft tretenden Berufungsbeschränkung liegt, wesentlich milderte. Denn nun wurde dafür gesorgt, daß nur demjenigen die zweite Instanz abgeschnitten wird, der schon bei Beginn des Prozesses mit der Möglichkeit, nur eine Instanz zu haben, rechnen konnte.

Daß damit die Sparwirkung der VO. illusorisch gemacht wird, ist nicht zuzugeben. Abgesehen davon, daß die Berufungsbeschränkung nur eine von vielen zum großen Teil weit ertragreicheren Sparmaßnahmen der VO. ist, wird doch nach der Prozeßstatistik noch immer mehr als die Hälfte der streitig werdenden amtsgerichtl. Sachen in weniger als drei Monaten erledigt. Auch wenn die Berufungsbeschränkung nur in Sachen eintritt, die seit dem 8. Okt. in erster Instanz anhängig geworden sind, muß sie sich doch im neuen Etatsjahr schon voll auswirken. Die Sachen, die, obwohl schon vor dem 8. Okt. anhängig geworden, nach dem 1. April 1932 in die Ber. gehen, bedeuten einen so kleinen Bruchteil, daß sie für die Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks der VO. keine Rolle spielen können.

MinDir. Dr. Erich Volkmar, Berlin.

NotVO. und § 519 Abs. 6 ZPO.

Nach der NotVO. v. 2. Dez. 1930 Teil 9 über die Vereinfachung und Ersparnisse auf dem Gebiet der Rechtspflege (RGBl. 1930, 604) § 5 findet gegen Beschl. des BG., durch die einer Partei das Armenrecht verweigert oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, keine Beschw. statt.

Trotzdem wird, insbes. durch den BerKl., der gegen die Entsch. des AG. beim LG. für die Berufung das Armenrecht beantragt hat, gegen den ablehnenden Beschl. beim OLG. Beschw. einlegt. Oft kommt der BerKl. dabei der nach § 519 Abs. 6 ZPO. gesetzten Auflage, innerhalb der gestellten Frist die Prozeßgebühr zu zahlen, nicht nach, sondern wartet damit bis zur Entsch. des BeschwG., die zu seinen Ungunsten ergehen muß. Er verläßt sich hierbei auf § 519 Abs. 6 ZPO. Danach wird, wenn der BerKl. vor Ablauf der Frist zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr das Armenrecht beantragt, der Lauf der Frist bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf dieses Gesuch ergehenden Beschl. gehemmt und, wenn vor Ablauf der Frist gegen den Beschl. Beschw. eingelegt wird, bis zur Zustellung des auf die Beschw. ergehenden Beschl. gehemmt.

Es fragt sich, ob dieser Schutz auch eintritt, wenn er gegen den das Armenrecht ablehnenden Beschl. des BG. die nach der NotVO. jetzt unstatthafte Beschw. einlegt. Der Fall ist dem gleich, wenn gegen den ablehnenden Beschl. des OLG., die nach § 567 Abs. 3 ZPO. unzulässige Beschw. eingelegt wird. Der 4. ZivSen. (JW. 1926, 578) hat ausgeführt, daß auch eine nach § 567 Abs. 3 ZPO. unzulässige Beschw. hemmende Kraft nach § 519 Abs. 6 ausübt; anderenfalls könne einer armen Partei, die im Glauben an die Zulässigkeit ihrer Beschw. die Einzahlung der Prozeßgebühr hinausgeschoben hat, die Ber. entzogen werden. So auch u. a. Sonnen (JW. 1930, 542[1] und dort zit. Schrifttum). Dagegen hält Stein-Jonas § 519 ZPO. V, 3 N. 44 die Meinung des RG. für bedenklich, ebenso Busch § 519 Anm. 12 („Die Hemmung kommt nicht in Betracht, wenn das BG. ein OLG. ist. ... Jedoch kann in einer solchen Beschw. ein erneutes Armenrechtsgesuch gefunden werden, das, wenn das erste Armenrechtsgesuch vor der Fristsetzung gestellt war — ein vor der Fristsetzung zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr gestelltes und abgelehntes Armenrechtsgesuch steht der Hemmung durch ein nach der Fristsetzung wiederholtes Armenrechtsgesuch nicht entgegen: RG. 117, 36 = JW. 1927, 1837 — hemmende Wirkung hat"). Auch Baumbach § 519 C betont, daß die Hemmung nur eintreten kann, wo die Beschw. zulässig ist. Der 8. ZivSen. hat den Standpunkt des 4. ZivSen. abgelehnt, wenn die unzulässige Beschw. nur erhoben wird, um Frist zu gewinnen (RG. 126, 354; JW. 1930, 542). In RG. 130, 345 = 1931, 1091 hat der 4. ZivSen. seinen früheren Standpunkt aufgegeben und sich der u. a. auch schon von Reinberger: JurRdsch. 1926, 248 vertretenen Ansicht angeschlossen, daß durch eine unstatthafte Beschw. überhaupt keine Fristhemmung herbeigeführt wird und daß nicht unterschieden werden könne, ob die Beschw. im Glauben an ihre Statthaftigkeit oder im Bewußtsein ihrer Unstatthaftigkeit eingelegt wird. § 519 Abs. 6 ZPO. solle der armen Partei das Recht geben, den Instanzenzug zur Erlangung des Armenrechts zu erschöpfen. Dies sei der Fall, wenn der Beschl. über den Armenrechtsantrag unanfechtbar werde. Sei eine Beschw. unstatthaft, so trete die formelle Rechtskraft dagegen bereits mit der Zustellung des das Armenrecht versagenden Beschl. ein. Auch aus § 133 GVG. und § 519b Abs. 2 ZPO. sei zu schließen, daß § 519 Abs. 6 ZPO. für eine unstatthafte Beschw. den Instanzenzug nicht offenhalten solle; sonst würde in § 133 Abs. 2 GVG. auch § 519 Abs. 6 ZPO. genannt sein.

M. E. ist diese Entsch. allein haltbar, auch bei dem Bestreben, so wenig wie möglich eine Sachentsch. an formellen Bedenken scheitern zu lassen. Der Standpunkt des RG. 130, 345 muß aber auf Grund der NotVO. auch gelten, wo das LG. als BG. den nach Fristsetzung zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr eingereichten Armenrechtsantrag des BerKl. abgelehnt hat. Der nach mündlicher Verhandlung verkündete Beschl. wird mit der Verkündung, der nichtverkündete Beschl. mit der Zustellung unanfechtbar (§ 329 ZPO.). Nur so lange ist der Lauf der Nachweisfrist gehemmt. Die arme Partei muß dies beachten, will sie vermeiden, daß die Berufung aus formellen Gründen verworfen wird. Nur selten wird bei Überschreitung der Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden können.

AGR. Dr. Simonson, Forst i. d. L.

Zur Frage der Beiordnung eines Armenanwalts bei den Amtsgerichten.

Der im Einzelfalle sachlich durchaus gebotenen Beiordnung eines Armenanwalts vor dem AG. steht in vielen Fällen der Wortlaut des § 36 RAO. entgegen, nach dem die Auswahl durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte erfolgt.

In Verbindung mit § 34 RAO. wird diese Vorschrift von der Mehrzahl der Gerichte so ausgelegt, daß eine Beiordnung eines bei dem Prozeßgericht nicht zugelassenen RA. überhaupt nicht erfolgen könne. Diese Rechtsauffassung führt zu großen Unbilligkeiten in erster Linie bei den AG., bei denen überhaupt kein RA. zugelassen ist oder bei denen nur ein RA. zugelassen ist, der die Gegenseite vertritt. In all diesen Fällen würde die arme Partei keine Möglichkeit haben, die Beiordnung eines RA. zu erwirken. In zweiter Linie führt diese Rechtsauffassung aber auch dann zu erheblichen Schädigungen der armen Partei, wenn diese, insbes. in schwierigen Rechtsstreitigkeiten, in der Hauptsache von einem RA. vorläufig unentgeltlich vertreten wird und dieser RA. bei einem auswärtigen AG. einen mit der Hauptsache im Zusammenhang stehenden Prozeß, insbes. einen Arrestprozeß, führen will. Es liegt dann keineswegs im Interesse der armen Partei, wenn sie auf Grund formeller Bestimmungen gezwungen ist, auf die Vertretung der Sache durch ihren eigenen Vertrauensanwalt zu verzichten und einen anderen mit der Sache bisher noch gar nicht befaßten RA. zu beauftragen. Gerade der letzte Fall kommt in der Praxis häufig vor, da man Arreste über größere Beträge meistens schneller beim AG. als beim LG. durchbringen kann.

Die obengeschilderte, in der Praxis zur Zeit noch herrschende Rechtsauffassung hält aber einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wenn man zunächst von dem Zweck des Gesetzes ausgeht, so ist der § 36 RAO. seinerzeit nicht etwa zum Schutze der bei dem Prozeßgericht zugelassenen RA. vor der Konkurrenz anderer Anwälte, sondern im Gegenteil gerade zum Schutze der bei dem Prozeßgericht nicht zugelassenen RA. geschaffen worden, und zwar dahin, daß diese auswärtigen RA. nicht verpflichtet sein sollten, Mandate in Armensachen zu übernehmen. Dies wäre in früheren Zeiten für die auswärtigen Anwälte auch eine erhebliche Belastung gewesen, da ja die Staatskasse zur Zeit der Entstehung der RAO. weder Gebühren noch Auslagen den Armenanwälten erstattete. Mit Recht hat deshalb schon der 3. ZivSen. des OLG. Hamm in seinem Urt. v. 15. Nov. 1929 (3 U 327/29) ausgesprochen, daß die Vorschrift des § 36 RAO. nur als Schutzbestimmung für die bei einem AG. nicht zugelassenen RA. aufzufassen ist und daß diese RA. auf den ihnen gewährten Schutz verzichten und sich mit ihrer Beiordnung einverstanden erklären könnten. Diese Zweckbestimmung des § 36 RAO. ist aber in erster Linie maßgebend für seine Auslegung.

Der § 36 RAO. kann aber auch dahin verstanden werden, daß die Auswahl des beizuordnenden RA. in der Regel aus der Zahl der bei diesem Gericht zugelassenen RA. zu erfolgen hat. Es ist nicht der Zweck des Gesetzes, andere bei dem Prozeßgericht nicht zugelassene RA. von der Beiordnung auszuschließen. Es befindet sich hier insofern eine Lücke im Gesetz, als für den Fall, daß bei dem Prozeßgericht

---

[1]) So erklärt sich, daß ich in meinem Aufsatz S. 3181 nur von Rechtshängigkeit sprach, was einen GerAss. zu der Meinung veranlaßte, daß er mich in einem der JW. eingereichten Aufsatz erst über den Unterschied von „Anhängigkeit" und „Rechtshängigkeit" belehren müsse.

kein Anwalt zugelassen oder der zugelassene Anwalt an der Vertretung der armen Partei verhindert ist, es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt. Diese Lücke im Gesetz muß durch die Rechtsprechung ausgefüllt werden. Hierbei ist folgendes maßgebend: Die Gesetzgebung über das Armenrechtswesen geht davon aus, daß die arme Partei in bestimmten Fällen auch vor dem AG. ein Recht auf Beiordnung eines Armenanwalts hat. In einem solchen Falle muß die Lücke des Gesetzes vom Richter dahin ausgefüllt werden, daß auch die Beiordnung eines bei dem Prozeßgericht nicht zugelassenen RA. angeordnet werden kann, wenn dieser bereit ist, auf Reisekosten, wie überhaupt auf alle durch seine Zulassung an einem anderen Gericht bedingten Mehrkosten zu verzichten. So hat auch die Prozeßrichtervereinigung von Groß-Berlin i. J. 1925 beschlossen, daß der § 36 RAO. dem AR. nicht verbiete, einen zur Übernahme von Armensachen erbötigen Anwalt, der nicht bei diesem AG. zugelassen ist, beizuordnen (vgl. Beschluß 22 der Prozeßrichtervereinigung Groß-Berlins v. 19. Mai 1925: JW. 1925, 1361).

Abgesehen von der Beiordnung eines auswärtigen RA. zum Prozeßbevollmächtigten der armen Partei spielt der § 36 RAO. auch noch eine erhebliche Rolle im Beweisaufnahmeverfahren. Hier wird es oft notwendig sein, daß in einem Armenrechtsprozeß ein auswärtiger Beweistermin von einem RA. wahrgenommen wird. Der bei dem Prozeßgericht zugelassene RA. wird oft wegen der weiten Entfernung des ersuchten Gerichts nicht in der Lage sein, diesen Termin selbst wahrzunehmen. Es wird deshalb oft versucht, die Beiordnung eines Armenanwalts speziell für den Beweistermin vor dem ersuchten Gericht zu erwirken. Es ist bekannt, daß auch hier die Rechtsprechung sehr verschiedene Wege gegangen ist. Die Bestellung eines besonderen auswärtigen Armenanwalts für das Beweisaufnahmeverfahren wird von dem Prozeßgericht in der Regel abgelehnt, da es nur solche Armenanwälte beiordnen könne, die bei ihm zugelassen sind. Abweichend steht das KG.: JW. 1928, 1520; 1930, 179[25] und 1930, 179[28] auf dem Standpunkt, daß die Armenrechtsbewilligung für die ganze Instanz gelte und der armen Partei für die auswärtige Beweisaufnahme ein bei diesem Gericht zugelassener RA. beizuordnen sei, dessen Auswahl dem ersuchten Richter vorbehalten bleibe. Denselben Standpunkt nimmt das OLG. Breslau: HöchstRRspr. 1930, 818 ein, während die OLG. Naumburg: JW. 1930, 580 und Dresden: BurBl. 1928, 174 die Beiordnung eines Armenanwalts dem ersuchten Gericht überlassen.

Der Standpunkt des KG. ist mit Rücksicht auf die hier vertretene Auslegung der §§ 34 und 36 RAO. durchaus zu billigen. Er entspricht auch einem dringenden Bedürfnis, zumal der Partei nach der grundlegenden Entsch. RG. (VZS.) 51, 11 das Recht zusteht, in allen auswärtigen Beweisterminen durch einen RA. vertreten zu sein.

Schließlich wird in manchen Prozessen auch die Beiordnung eines auswärtigen RA. als Korrespondenzarmenanwalt erforderlich sein. In einem sehr schwierigen Erbschaftsprozeß, der von einer von mir vertretenen Partei zur Zeit vor dem LG. Frankfurt a. M. im Armenrecht geführt wird, ist die Beiordnung eines Korrespondenzarmenanwalts vom OLG. Frankfurt a. M. abgelehnt worden, da die Beiordnung eines Verkehrsanwalts durch das Prozeßgericht unzulässig sei (vgl. RG.: JW. 1930, 64[14]). Gerade in diesem Prozeß würde der in Schleswig-Holstein wohnende Kläger ohne einen Korrespondenzanwalt nicht in der Lage sein, den Prozeß zu einem glücklichen Ende zu bringen.

Falls man sich daher nicht zu der vom OLG. Hamm gebilligten und hier vertretenen Auslegung des § 36 RAO. entschließen will, muß es m. E. Aufgabe eines sozial denkenden Gesetzgebers sein, die ganze Bestimmung des § 36 RAO. zu streichen. Denn es gibt nichts Niederdrückenderes für eine arme Partei, wenn ihr eröffnet wird, daß aus formellen Gründen ihr kein Armenanwalt beigeordnet werden kann, obgleich die Beiordnung eines solchen oft auch von dem Gericht für durchaus notwendig gehalten wird.

RA. Justus Mortzfeldt, Rendsburg.

Armenrechtsgesuch und Wiedereinsetzung in der Berufungsinstanz.

Ist das Armenrecht für die Berufung innerhalb der Berufungsfrist und nicht gar zu spät beantragt worden, so gewährt die Rspr. dem BerKl. bekanntlich gegen die Versäumung der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO., wenn die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch erst nach Fristablauf ergeht und infolgedessen die Berufung verspätet eingelegt ist. Die Partei darf darauf rechnen, daß ihr der Beschluß über das Gesuch noch rechtzeitig zugestellt wird. Die Wiedereinsetzung ist auch dann zu gewähren, wenn die Partei nach Ablehnung des Armenrechts die Berufung auf eigene Kosten eingelegt hat (RG. 70, 125 = JW. 1909, 73), denn der Schluß, daß ihr von vornherein kein Geldmangel als unabwendbarer Zufall bestanden habe, ist nach dem RG. nicht gerechtfertigt. Diese Rechtslage hat dazu geführt, daß die Gerichte es für ziemlich unerheblich halten, ob über das Armenrechtsgesuch noch fristgerecht entschieden wird, oder ob sich die Entscheidung durch die Geschäftslage oder durch Ermittlungen über den Ablauf der Berufungsfrist hinaus verzögert. In Wahrheit kann aber eine solche Verzögerung der Entscheidung große Gefahren für die arme Partei verursachen, die aus der formellen Rechtskraft erwachsen.

Ein Urteil auf Zahlung eines Betrages oder auf Herausgabe des Pachtlandes ist gegen eine vom Kl. zu leistende Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärt. Der Kl. kann also nur vollstrecken, wenn er selbst zuvor einen vielleicht recht erheblichen Betrag hinterlegt oder die Rechtskraft abwartet. Sehr häufig wird deshalb von der vorläufigen Vollstreckbarkeit kein Gebrauch gemacht, sei es, daß der Kl. den zur Sicherheit erforderlichen Betrag gar nicht besitzt, sei es, daß er die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO. befürchtet. Beide Gründe hindern ihn aber nicht an der Vollstreckung, wenn die Berufungsfrist verstrichen ist, mag auch nachträglich die Berufung eingelegt und die Wiedereinsetzung beantragt sein. Da vor Ablauf der Notfrist keine Rechtsmittelschrift eingereicht ist, muß die Geschäftsstelle des BG. trotz des Wiedereinsetzungsgesuchs das Notfristattest nach § 706 Abs. 2 und die für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses zuständige Stelle nach § 706 Abs. 1 auch dieses erteilen. Sofort kann dann das Urteil vollstreckt werden, ohne daß der Kl. die Sicherheit leistet. Auch § 717 Abs. 2 ist nicht mehr anwendbar, wenn das Wiedereinsetzungsgesuch Erfolg hat und die Berufung später zur Aufhebung des vollstreckbaren Urteils führt. Der vielleicht völlig zahlungsunfähige Kl. kommt also zu der Urteilssumme oder zu dem Pachtland, gar mit der gesamten stehenden Ernte, ohne daß der Bekl. eine Sicherheit hat, und der Bekl. gewinnt zwar den Prozeß, sieht aber von seinen durch den Gerichtsvollzieher abgeholten Vermögensstücken nichts wieder. Das ist die Gefahr der verspäteten Entscheidung über das Armenrechtsgesuch im zweiten Rechtszuge.

In gewissen Grenzen kann man dieser Gefahr durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung begegnen. Sie ist allerdings nach §§ 719, 707 ZPO. erst nach der Einlegung der Berufung zulässig. Es ist aber zu beachten, daß § 707 die Einstellung auch für den Fall zuläßt, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird. Nun muß der Wiedereinsetzungsantrag nach § 236 stets von der Nachholung der versäumten Prozeßhandlung begleitet sein, hier also von der Einlegung der Berufung. Auf den ersten Blick erscheint deshalb die Einstellung der Zwangsvollstreckung infolge des Wiedereinsetzungsantrages bedeutungslos neben der gleichzeitig geschaffenen Möglichkeit dieser Einstellung wegen der eingelegten Berufung. Bei näherer Prüfung erweist sich diese Auffassung aber als irrig.

Mehr und mehr ist die Praxis mit Recht dazu übergegangen, die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Einlegung der Berufung abzulehnen, wenn die Berufung aussichtslos erscheint. Kaum je wird sie also bei dem Gericht zu erreichen sein, das soeben das Armenrecht wegen der Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Berufung abgelehnt hat. Ganz anders liegt es hinsichtlich der Einstellung wegen des Wiedereinsetzungsgesuches. Hier kann schon nach dem Wortlaut des § 707 die Aussicht der Berufung keine Rolle spielen, sondern nur die Aussicht des Wiedereinsetzungsgesuches den Ausschlag geben. Tatsächlich handelt es sich bei dieser Einstellung auch nur darum, die Folgen der Fristversäumnis zu beseitigen oder abzuschwächen, wie denn auch diese Einstellung nur bis zur Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch erfolgen kann oder doch sollte. Aus guten Gründen wird über ein solches Gesuch zumeist erst im Urteil entschieden. Durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann verhindert werden, daß das angefochtene Urteil inzwischen als ein rechtskräftiges vollstreckt wird. Wäre die Berufung rechtzeitig eingelegt worden, so hätte der Kl., mag sie auch noch so aussichtslos sein, während der Dauer des zweiten Rechtszuges nur ein vorläufig vollstreckbares (Gefahr aus § 717 Abs. 2) oder gar nur ein gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil in Händen. Allein infolge der Fristversäumung ist seine Stellung günstiger. Über die wahre Bedeutung dieser Versäumung entscheidet aber erst die Erledigung des Wiedereinsetzungsgesuchs. Deshalb ist es nur recht und billig, daß den Folgen der Versäumung durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 707 entgegengewirkt wird. Häufig wird hier die Anordnung zweckmäßig sein, daß der Kl. das Urteil nur gegen dieselbe Sicherheitsleistung vollstrecken darf, die schon im Urteil vorgesehen war. Selbst wenn er schon zum Teil vollstreckt hat, wird es richtig sein, die Sicherheit nicht zu ermäßigen, weil auch die Vollstreckung des Restes gegen geringere Sicherheitsleistung nur eine Folge der Fristversäumung wäre. Den Anwälten aber ist zu raten, in geeigneten Fällen auf die Bedeutung des § 707 hinzuweisen.

KGR. Dr. Günther, Berlin.

Gilt die durch die Notverordnung vom 6. Okt. 1931 eingeführte Beschränkung der Revision in Privatklagesachen auch für bereits eingelegte Revisionen?

Nach § 8 des 6. Teils der NotVO. v. 6. Okt. 1931 ist die Rev. in Privatklagesachen — abgesehen von den Ausnahmen des Abs. 2 — dahin eingeschränkt, daß, wenn Berufung eingelegt ist, gegen das Urt. des LG. die Rev. nicht zusteht. Man hat also künftig nur die Wahl,

gegen das Urt. des AG. entweder Berufung oder Rev. einzulegen; es stehen jetzt statt drei nur zwei Rechtszüge zur Verfügung. Diese Einschränkung ist, da § 18 des 6. Titels § 8 nicht erwähnt, gem. § 2 der Schlußbestimmungen am 8. Okt. in Kraft getreten.

Im übrigen enthält aber § 8, anders als sonstige Best. des 6. Teils, keine Übergangsvorschr. Es fragt sich daher, wieweit er auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden ist. Dafür, daß er lediglich auf Privatklageverfahren Anwendung finden sollte, die nach dem 8. Okt. 1931 anhängig werden, besteht kein Grund.

Für die Anwendung auf anhängige Privatklageverfahren wären drei Möglichkeiten denkbar:

1. § 8 gilt nur für diejenigen Verfahren, in denen am 8. Okt. 1931 noch kein Rechtsmittel gegen ein Urt. des AG. eingelegt war, in welchem also noch das Wahlrecht zwischen Berufung und Rev. bestand;
2. er findet auch Anwendung auf Fälle, in denen am 8. Okt. 1931 das BerVerfahren vor dem LG. noch nicht abgeschlossen war oder wenigstens gegen das schon ergangene Urt. noch keine Rev. eingelegt war, nicht aber auf Fälle, in denen am 8. Okt. 1931 Rev. bereits eingelegt oder doch mindestens bereits ordnungsmäßig begründet war;
3. er ergreift alle Fälle, in welchen am 8. Okt. die RevVerhandlung noch nicht stattgefunden hatte.

Die Beantwortung muß, mangels einer ausdrückl. Vorschr., gewonnen werden aus dem Vergleiche mit anderen Vorschr. desselben Ges., bei welchen Übergangsbest. getroffen sind, aus dem Vergleiche mit ähnlich gelagerten Fällen, aus sonstigen Rechtsgrundsätzen, aus Billigkeitserwägungen, aus der Betrachtung des GesZweckes.

Auf den ersten Blick erscheint die Lösung 2 als die richtige, weil man geneigt ist anzunehmen, daß eine prozessuale Handlung hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach der Zeit ihrer Vornahme beurteilt werden müsse, und weil man den Eindruck hat, daß die Einsetzung der Zäsur an dieser Stelle der Billigkeit entspreche. Letzteres trifft aber nicht zu. Ein unbilliges Ergebnis läge nicht darin, daß eine bereits eingelegte oder gar begründete Rev. nicht durchgeführt werden darf, denn darin würde der Betroffene nur all denen gleichstehen, denen künftig die Rev. versagt ist, weil sie die Berufung wählten. Sondern die Unbilligkeit wäre darin zu erblicken, daß Parteien plötzlich nicht nur schlechter gestellt werden als nach dem bisherigen Recht, sondern auch als nach den künftigen Verfahren. Künftig hat man die Wahl zwischen Ber. und Rev.; die Rev. ist nur ausgeschlossen, wenn man sich selbst für die Ber. entschieden hat. Jetzt soll dagegen die Rev. versagt werden, obwohl man nicht gewählt hat, sondern Ber. einlegte, in dem Bewußtsein, noch die Rev. benützen zu dürfen. Diese Unbilligkeit trifft ebenso bei der Lösung 2 wie bei 3 zu; es ist genau so unbillig, daß eine am 5. Okt. vor Kenntnis der Einschränkung eingelegte Berufung künftig eine Rev. ausschließen soll, als daß man diese Beschränkung auch auf schon eingelegte Revisionen anwendet. Es können also für die Lösung 2 Billigkeitsgründe nicht angeführt werden.

Ebensowenig hält der angebliche Rechtsgrundsatz stand, daß die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung stets nach der Zeit ihrer Vornahme beurteilt werden müsse. Es ist z. B. vom RG. für Zivilsachen in ständiger Rspr. daran festgehalten worden, daß eine Rev., die z. Z. ihrer Einlegung und Begründung zulässig war, diese Zulässigkeit einbüßt, wenn die Erreichung der RevSumme zwischen Einlegung und Verhandlung wegfällt, daß also endgültig die Sachlage z. Z. der mündl. Verhandlung maßgebend ist (JW. 1929, 2528).

Bleiben nur die Lösungen 1 und 3 zur Wahl, so sprechen überwiegende Gründe für die Lösung 3. Halten wir uns an die oben gewonnenen Richtlinien für die Entsch., so spricht zugunsten der Lösung 3, daß bei einzelnen Änderungen, die durch den 6. Teil der NotVO. eingeführt werden, ausdrücklich die sofortige Anwendbarkeit der neuen Vorschr. ausgeschlossen ist. So in § 10 Abs. 3 hinsichtlich der Wertgrenzen für Ber., Beschw. und Schiedsurt., in §§ 13 Abs. 2 und 17 Abs. 3 hinsichtlich der Kosten. Diese Best. lassen den Schluß zu, daß überall, wo solche Anordnung fehlt, die neuen Best. sofort in vollem Umfange auf alle Sachen Anwendung finden sollen. Es ist dies auch für andere Best., z. B. §§ 1—7, sicherlich zutreffend. Deshalb wird diese Auslegung auch für § 8 angezeigt sein.

Auch die GesGebung in anderen Fällen spricht für die Lösung 3. Wenn Formvorschr. auf anhängige Verfahren nicht Anwendung finden sollten, ist jeweils eine entsprechende Best. für nötig gehalten worden. So ist bei der Erhöhung der RevSumme durch VO. v. 8. Febr. 1929 in § 2 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt worden, daß auf Rev. gegen bei Inkrafttreten der Änderung bereits verkündete Urt. die früheren Vorschr. anzuwenden sind. Daß rechtsgrundsätzlich der Anwendung auch auf eingelegte Rev. ein Bedenken nicht entgegensteht, ist oben, unter Hinweis auf § 546 ZPO., dargetan. Ebenso ist ausgeführt, daß die Anwendbarkeit auf bereits anhängige Rev. mit der Billigkeit vereinbar ist. Faßt man endlich den Zweck der ändernden Vorschr. ins Auge, die in der Überschrift des Kap. I klar zum Ausdruck gebracht sind, so spricht der Wunsch, „Vereinfachung und Ersparnisse“ zu erzielen, für die Lösung 3. Die Vereinfachung und Ersparnisse sollen bei der jetzigen Lage des Volkes unmittelbar, raschestens und durch möglichst weitgehende Opfer an Einzelinteressen in großem Umfange erzielt werden. Damit ist nicht vereinbar, daß erst alle anhängige Rev. erledigt werden sollen, obwohl das Ges. jetzt Rev. nach Ber. aus Gründen der Vereinfachung und Ersparnis nicht mehr zuläßt.

Es wird daher die Einschränkung nach § 8 auch auf die schon eingelegten Rev. anzuwenden sein.

Nach Abschluß des Aufsatzes wurden mir KG. 4 V 266/31 v. 22. Okt. 1931, OLG. Königsberg, 6 V 127/31 v. 19. Okt. 1931 und OLG. Karlsruhe SM 207/31 v. 22. Okt. 1931 bekannt. OLG. Königsberg vertritt die vorstehende Ansicht; KG. und OLG. Karlsruhe dagegen legen der Best. der NotVO. keine sofortige Wirkung bei, sondern nehmen mit ausführlicher, theoretischer Begründung die Maßgeblichkeit früherer Geschehnisse an. Sie stimmen jedoch nicht überein: nach OLG. Karlsruhe ist entscheidend, ob die Rev. noch unter der Herrschaft des alten Ges. eingelegt war, nach KG., ob das angefochtene Urt. vor dem Inkrafttreten der NotVO. erging. Es wird also eine gegen ein Urt. v. 5. Okt. am 11. Okt. eingelegte Rev. vom KG. für wirksam, vom OLG. Karlsruhe für wirkungslos erachtet. Nach dem KG. würde grundsätzlich jedem Urt. seine Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel immanent sein (Theorie der Prozeßabschnitte); nach dem OLG. Karlsruhe würde nach der Rechtsmittelerklärung der Prozeßpartei der staatl. Apparat für eine weitere Verhandlung unbedingt zur Verfügung stehen müssen — beides allerdings, soweit das neue Ges. nichts anderes ausdrücklich anordnet. Bei beiden Anschauungen sind m. E. zwei ausschlaggebende Punkte übersehen, einmal, daß grundsätzlich jedes Endurt. den Anspruch auf endgültige Wirksamkeit hat und daß die Gestattung einer zweiten Verhandlung eine Ausnahme von dieser Hoheitswirkung der Urt. darstellt, zum anderen, daß jedes ändernde ProzGes., das ja aus Nützlichkeitsgründen eingeführt wird, die Tendenz hat, möglichst allgemein und unbeschränkt wirksam zu werden. Hiervon ausgehend, ist m. E. die vielfach bei GesÄnderungen getroffene Best., daß für gewisse anhängige Verfahren die Zulässigkeit der Rechtsmittel sich nach dem alten ProzGes. richte, eine aus praktischen Gründen oder Billigkeit zugelassene Ausnahme. Zudem versagen m. E. die in den Urt. ausgeführten Gründe. Dem KG., das die von ihm auf Grund des EGStPO. von 1879 aufgenommene „Theorie der Prozeßabschnitte“ als die grundsätzliche Regelung für solche Fälle ansieht, ist entgegenzuhalten, daß derselbe GesGeber von 1879 für die ZPO. die Theorie der „Prozeßeinheit“ durchführte. Gegen die Ansicht des OLG. Karlsruhe spricht die Erwägung, daß der Einlegung (und Begründung) eines Rechtsmittels lediglich die negative Bedeutung zukommt, daß eine Prozeßpartei erklärt, es bei dem Urt. nicht bewenden lassen zu wollen, daß aber die Frage, wie der Staat darauf reagiert, nach den z. Z. der Verhandlung und des Urt. maßgebenden Ges. zu entscheiden ist: Die Einlegung des Rechtsmittels öffnet nur die Tür, die Benützung des weiteren Weges ist damit nicht gegeben, sondern es bedarf einer besonderen Vorschr., daß dies trotz des für die Zukunft entgegenstehenden Ges. zulässig sein soll. Nicht ausschlaggebend ist dabei der Hinweis auf die Kosten; hierbei nehmen die Ges. manche Unbilligkeit in Kauf (§ 471 Abs. 3 i. Verb. m. § 393 Abs. 1 StPO.). Die bunte Reihe der Übergangsbest., wie sie auch in den beiden Urt. erwähnt ist, wie der Hinweis auf die unterschiedl. Behandlung der Straf- und Zivilprozesse 1879, tun dar, daß die Zulässigkeit der Weiterwirkung lediglich nach praktischen Gesichtspunkten geregelt wurde. Für Änderungen, die einem Notstande abhelfen sollten, ist die Zulassung der Weiterwirkung des alten Ges. um so geringer, je größer die Not ist. Bei der jetzigen Notlage hat das Ges. von der Einführung solcher Zulassungen abgesehen. M. E. zieht daher OLG. Königsberg aus dem dringlichen von der NotVO. verfolgten Ersparniszwecke diese Folgerung.

RA. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Das Privatklageverfahren und Teil 6 Kap. I § 7 der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931.

1. Sind bei einem Privatklagedelikte die Schuld des Täters gering und die Tatfolgen unbedeutend, so kann das Gericht das Verf. durch Beschl. einstellen (§ 7 Abs. 1 NotVO.). Diese Neuerung bezieht sich auf alle im Wege der Privatklage verfolgbaren, in § 374 StPO. aufgezählten Taten (Gegensatz: § 8 Abs. 2). Liegt keine Schuld des Täters vor, z. B. bei Notwehr oder Wahrnehmung berechtigter Interessen, steht § 7 nicht in Frage. Wenn die Voraussetzungen — geringe Schuld und unbedeutende Tatfolgen — gegeben sind, kann das Gericht einstellen; trotzdem die Voraussetzungen vorliegen, kann das Gericht das Verf. aber auch betreiben. Ein außerordentlicher, namentlich die beratende Anwaltschaft belastender Unsicherheitsfaktor hat somit Eingang in das Privatklageverf. gefunden. Die Unsicherheit ist um so größer, als auch die Begriffe der geringen Schuld und der unbedeutenden Tatfolgen dem richterl. Ermessen weiten Spielraum gewähren. Bei § 7 Abs. 1 NotVO. war § 153 StPO. Ausgangspunkt, seine Auslegung kommt auch für § 7 Abs. 1 in Betracht. Feste Richtlinien darüber, wann die Schuld gering ist und die Tatfolgen unbedeutend sind, lassen sich nicht aufstellen. Es wird der Fall sein, wenn sie wesentlich, in besonderem Maße unter der durchschnittl. Schuld und den durchschnittl. Folgen gleichartiger Delikte liegen. Eine Vorstrafe wegen eines gleichen Delikts dürfte die Annahme geringer Schuld meist ausschließen; steht § 7 in Frage, wird daher

eine Strafliste einzufordern sein. Daß die Folgen der Tat unverschuldet sind, wird in § 7 Abs. 1 nicht vorausgesetzt (vgl. Löwe § 153 StPO. N. 1, 3, 4). Der Richter wird die Ausnahmebest. des § 7 auch nur ausnahmsweise anwenden, er wird im Zweifel ablehnen, den Täter zu schützen und den Verletzten auf das Faustrecht zu verweisen. Eine fortgesetzte Handlung ist nur eine und dieselbe Handlung; diese kriminalistische Einheit muß sich bewähren auch bei der Frage, ob die Schuld gering und die Tatfolgen unbedeutend sind (Olshausen § 73 StGB. N. 9). Bei mehreren sachlich zusammentreffenden (§ 74 StGB.) Vergehen dagegen ist die Prüfung für jede Handlung gesondert vorzunehmen; dafür spricht schon der Wortlaut: „Sind bei einem . . .“; möglich ist daher, daß das Gericht wegen eines Vergehens einstellt, wegen eines anderen das Verf. weiterbetreibt. Die Entsch. für Fortsetzungszusammenhang oder für sachliches Zusammentreffen wird u. U. die Frage beeinflussen, ob ganz oder teilweise oder gar nicht einzustellen ist; zwei leichte Beleidigungen z. B. können bei Anwendung von § 74 StGB. je zur Einstellung führen, weil je die Schuld gering ist und die Tatfolgen unbedeutend sind, bei Annahme von Fortsetzungszusammenhang aber können Gesamtschuld oder Gesamtfolgen das in § 7 vorgesehene Maß überschreiten und die Anwendung dieser Bestimmung ausschalten; eine leichte und eine schwere Beleidigung kann bei Annahme von Sachzusammenhang eine teilweise Einstellung zur Folge haben, bei Annahme von Fortsetzungszusammenhang ist sie ausgeschlossen. Der Richter muß also genau prüfen, ob sachliches Zusammentreffen oder Fortsetzungszusammenhang vorliegt; er hat hierbei den vielfach in der Praxis nicht berücksichtigten Grundsatz zu beachten, daß bei zeitlichem Auseinanderfallen der Tätigkeitsakte nicht die Annahme von Realkonkurrenz, sondern die der Einheit der Handlung einer besonderen Begr. bedarf (RGSt. 13, 291; BayObLGSt. 14, 195).

Das Gericht hat im Strafprozeß zwar von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen; allein es hängt mit dem Privatklageverf. zusammen, daß die Parteien den Richter durch Angabe von entspr. Unterlagen zur Entsch. instand setzen müssen, ob die Voraussetzungen des § 7 gegeben sind oder nicht (vgl. Olshausen N. 10; Ebermayer, N. 7 zu § 186 StGB.).

§ 7 bezieht sich auf die im Wege der Privatklage verfolgten Vergehen, er erstreckt sich aber dem Sinne nach auch auf die durch Widerklage nach § 388 StPO. geltend gemachten Taten. Die Widerkl. ist rechtlich eine Privatkl. des Beschuldigten. Die für die Privatkl. maßgebenden Grundsätze sind daher anzuwenden, soweit sich nicht aus Gesetz oder Natur der Sache etwas Abweichendes ergibt (Löwe § 388 StPO. N. 1a). Die Natur der Sache verlangt zwingend die gleiche Behandlung von Privatkl. und Widerkl. auch im Rahmen des § 7, der bezweckt, im Interesse der Kostenersparnis die Durchführung von Bagatellsachen zu unterbinden. Die Verfolgung eines solchen Zwecks ist auch für die Widerkl. bedeutungsvoll, die nicht nur ein unwichtiges Anhängsel der Privatkl. ist, deren Durchführung vielmehr oft mehr Arbeit und Kosten verursacht als die der Privatkl. Die Nichtanwendung des § 7 auf die Widerkl. wäre auch ungerecht; könnte doch der Verfolgung einer Sache im Wege der Privatkl., nicht aber der Widerkl. durch Einstellung begegnet werden.

Wissenschaft und Rspr. haben den Satz entwickelt, daß die Zulassung der Widerkl. immer eine zulässige Privatkl. zur Voraussetzung habe. Zulässig war die Privatkl. nur, wenn sie geeignet war, gleichzeitig mit der Widerkl. verhandelt und abgeurteilt zu werden. So wurde die Widerkl. nicht zugelassen, wenn die Privatkl. nicht zur Eröffnung des Hauptverf., sondern zur Zurückweisung nach § 383 StPO. führte (Löwe § 388 StPO. N. 2c; JW. 1926, 2061; BayObLGSt. 26, 203 f.; Ultsch: BayZ. 1924, 101), oder wenn das Gericht in der Verhandlung über die Privatkl. sich für unzuständig erklärte (Ultsch a. a. O.), von manchen Gerichten auch, wenn das PrivatklVerf. nach Eröffnung des Hauptverf. nach § 260 StPO. eingestellt wurde (DRZ. Rspr. 1931 Nr. 220). Die Frage liegt nahe, ob eine vor oder nach Eröffnung des Hauptverf. gem. § 7 NotVO. einzustellende Privatkl. eine solche zulässige Privatkl. ist, ob gegenüber dieser einzustellenden Privatkl. bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 388 Abs. 1 StPO. eine Widerkl. zuzulassen ist. Die Widerkl. ist zuzulassen. Die Zulässigkeit der Privatkl. wurde als Voraussetzung für die Zulassung der Widerkl. bisher gefordert nach § 388 Abs. 2 StPO., wonach über Kl. und Widerkl. gleichzeitig zu erkennen ist; daraus wurde gefolgert, daß die Widerkl. nur zugelassen werden könne, wenn eine solche Privatkl. gestellt war, die gleichzeitig mit der Widerkl. (sachlich) verhandelt und abgeurteilt werden konnte (Ultsch a. a. O.; BayObLGSt. 26, 203 f.). Soweit nunmehr entweder die Privat- oder Widerkl. nach § 7 NotVO. zur Einstellung reif ist, wird über Kl. und Widerkl. nach ausdrückl. Vorschr. nicht mehr gleichzeitig durch Urt. entschieden, über die eine Kl. ergeht Urt., über die andere — möglicherweise schon vor der Hauptverhandlung — Beschluß; noch mehr tritt diese verschiedene Behandlung zutage, wenn Rechtsmittel eingelegt werden; über die eine Klage findet Ber.- oder RevVerh. statt, die andere — eingestellte — Sache wird im Wege des BeschwVerf. verbeschieden. § 7 tritt insoweit an die Stelle des § 388 Abs. 2 StPO., lex posterior derogat priori. § 388 Abs. 2 StPO. kann, insoweit er nicht in Betracht kommt, nicht Grundlage der Auslegung sein; insoweit kann die früher auf § 388 Abs. 2 StPO. gestützte Praxis nicht mehr aufrechterhalten werden. Auch wenn also eine Privatkl. nach § 7 NotVO. durch Einstellung erledigt wird, muß eine nach § 388 Abs. 2 StPO. ordnungsgemäß erhobene Widerkl. zugelassen werden; gleichgültig ist es hierbei, ob die Einstellung vor oder nach Eröffnung des Hauptverf. erfolgte.

Bestritten ist, ob die Zulassung der Widerkl. abhängt lediglich von den Voraussetzungen des § 388 StPO., oder auch von den besonderen Prozeßvoraussetzungen der Widerklage (z. B. Nichtablauf der Strafantrags- oder Verjährungsfrist für die Widerkl., letzteres wichtig bei Pressedelikten). Die Fassung des Ges. kann den Anschein erwecken, daß diese weitere Prüfung nicht stattzufinden habe (Löwe § 388 StPO. N. 6, 9; Feisenberger N. 2; Frank § 61 StGB. N. VIII; Olshausen N. 27; Ebermayer N. 4; Beling, Dtsch. StrPR. S. 457 N. 3). Wissenschaft und Rspr. verlangen weitgehend diese Prüfung; sie lassen namentlich bei Mangel eines rechtzeitigen Strafantrags die Widerkl. nicht zu (Ultsch: BayZ. 1924, 102; BayObLGSt. 30, 67 f.; DRZ. Rspr. 1931 Nr. 792). Die Anhänger dieser Auffassung könnten daran denken, ebenso bei einem nach § 7 NotVO. einzustellenden WiderklVerf. die Widerkl. nicht erst zuzulassen und dann das Verf. einzustellen, sondern die Zulassung von vornherein abzulehnen. Dies wäre verfehlt. Die Einstellung des Verf. nach § 7 ist eine Art Einzelamnestie (Schlosky: GoltdArch. 71, 286 ff.); diese Amnestie wirkt nicht ipso iure, sie tritt in Kraft erst auf Grund nachträgl. Richterspruchs. Bei der Entsch. über die Zulassung der Widerkl. liegt demnach ein Prozeßhindernis noch nicht vor. Also hat das Gericht unter den Voraussetzungen des § 388 Abs. 1 StPO. zunächst die Widerkl. zuzulassen und dann das WiderklVerf. einzustellen.

2. Wird das Verf. nach § 7 Abs. 1 NotVO. eingestellt, so kann das Gericht die Gerichtsauslagen sowie die dem Privatkl. und dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen angemessen verteilen oder dem Beschuldigten ganz auferlegen; eine Gerichtsgebühr wird nicht erhoben (§ 7 Abs. 2). Diese Kostenvorschr. ist z. T. wörtlich entnommen dem § 471 Abs. 2 StPO. Die Neuregelung, wonach die Auslagen dem Beschuldigten allein auferlegt werden können, war notwendig; ohne sie hätte das Gericht die begreiflicherweise auszuschaltende Möglichkeit gehabt, die Auslagen dem Privatkl. allein zu überbürden (§ 471 Abs. 3 StPO.). Die Verteilung der Auslagen unterliegt dem richterlichen Ermessen; der Richter kann jeder Partei die eigenen Auslagen auferlegen; billig wird dies meist nicht sein; grundsätzlich kann dem Privatkl. nicht zugemutet werden, sich durch eine Straftat verletzen zu lassen und die durch die Verfolgung ihm erwachsenen Auslagen zu tragen; Ausnahmen lassen sich namentlich denken bei den §§ 199, 233 StGB. Stehen sachlich zusammentreffende Vergehen in Frage, von denen ein Teil verfolgt, ein Teil nach § 7 NotVO. eingestellt wird, so erfolgt die Entsch. im Kostenpunkte getrennt, § 464 Abs. 1 StPO., über die ersteren Kosten im Urt., über die letzteren im Einstellungsbeschl. über die Kosten bei Kl. und Widerkl. war bisher im Urt. einheitlich zu befinden (Löwe § 471 StPO. N. 9a); soweit nunmehr das Privatkl.- oder WiderklVerf. eingestellt wird, entfällt auch hier eine einheitl. Kostenbehandlung (§ 464 Abs. 1 StPO.), insoweit greift die früher in der Rspr. teilweise zur Anwendung gelangte sog. Zweimassentheorie (vgl. BayObLGSt. 12, 147) nach näherer Maßgabe des § 7 NotVO. Platz.

3. Gegen die Einstellung des Verf. findet sofortige Beschw. statt (§ 7 Abs. 3). Beschwert und deshalb rechtsmittelberechtigt kann sein nicht nur der Privatkl., sondern auch der Beschuldigte; dieser z. B., wenn der Richter ihn, statt ihn freizusprechen, durch die Einstellung mit einer, wenn auch geringen Schuld belastet; beide Parteien können sich auch durch die Kostenbehandlung benachteiligt fühlen und deshalb beschwerdeberechtigt sein (Löwe § 464 StPO. N. 8; JW. 1931, 2893; a. M. DRZ. 1931, 367). Verwirft das Obergericht die Beschw., dann ist die Sache rechtskräftig erledigt (§§ 310, 304 StPO.). Hebt das BeschwG. aber den Einstellungsbeschl. auf und gibt die Akten zur anderweiten Entsch. an das Untergericht zurück, dann tritt eine Bindung des Untergerichts durch den Beschl. des BeschwG. nicht ein; eine dem § 358 Abs. 1 StPO. entspr. Vorschr. fehlt, auch als rechtskräftige und als solche verpflichtende Entsch. ist der Beschl. des Obergerichts nicht anzusehen (RGSt. 59, 241; Löwe § 328 StPO. N. 9c). Bestehen Unter- und Obergericht auf ihren Auffassungen und wird der Privatkl. nicht müde, gegen den jeweiligen Einstellungsbeschl. des Untergerichts sich zu beschweren, dann kann das Verf. nicht zu Ende gebracht werden; es kann wegen der jeweiligen Verjährungsunterbrechung (§ 68 StGB.) nicht einmal nach Ablauf der gewöhnl. Verjährungszeit durch Einstellung erledigt werden; ein ewiges PrivatklVerf. ist somit die Folge — und das alles im Rahmen einer zum Zwecke der Abschneidung und Beschleunigung von PrivatklVerf. erlassenen NotVO. —.

Ist das Verf. einmal nach § 7 rechtskräftig eingestellt, so ist die Strafklage verbraucht (vgl. **Bumke** § 23 VO. vom 4. Jan 1924 N. 20 Einschränkung in JW. 1931, 2818). Die Privatkl. kann nicht mehr von neuem erhoben werden (**Löwe**, Vorbem. 22, 23 zu Buch 2 Abschn. 1 StPO.).

AGR. Dr. **Hans Knör**, München.

Richtlinien für den Vortrag in der mündlichen Verhandlung.

Von Richtern wird zum Teil darüber geklagt, daß die Sachvorträge der Anwälte häufig sehr lang seien und trotzdem denjenigen Richter, der die Akten nicht kennt, unvollständig in die Sache einführen.

Da das größte Interesse daran besteht, daß von allen Anwälten ein sachgemäßer Sachvortrag gehalten wird, und da eine gewisse Gleichförmigkeit in der Anordnung des Vortrages eine große Erleichterung, Vereinfachung und auch Abkürzung der Verhandlungen herbeizuführen geeignet ist, wird vorgeschlagen, daß die Anwälte im Regelfalle bez. des Sachvortrages etwa wie folgt disponieren:

1. Zunächst sind die Parteirollen anzugeben, insbes., welche Partei der vortragende Anwalt vertritt.

Dabei scheint es zweckmäßig, auch im Laufe des Vortrages diese Angaben gelegentlich zu wiederholen, z. B. statt „der Kläger“ zu sagen „der von mir vertretene Kläger“ oder statt „die Beklagte“ zu sagen „die Beklagte, also die Gegenseite“, um auf diese Weise auch während des Vortrages für den dritten Richter, der die Akten nicht kennt, jeweils klarzustellen, welche der Parteien der betreffende vortragende Anwalt vertritt.

2. Es ist bei dem Sachvortrag und auch bei dem Plädoyer nicht von dem BerKl. und dem BerBekl., sondern regelmäßig vom Kl. und Bekl. zu sprechen, da das die Übersichtlichkeit erleichtert.

3. Beim Beginn des Sachvortrages ist in jedem Falle mit ein oder zwei Sätzen, jedenfalls ganz kurz, mitzuteilen, um was es sich bei dem Prozeß im wesentlichen handelt, damit der dritte Richter schon beim Beginn des nachfolgenden Sachvortrages von vornherein weiß, worauf es im wesentlichen ankommen wird.

Dabei soll es sich natürlich nur um eine ganz kurze Vorbemerkung handeln, indem etwa gesagt wird:

„Es handelt sich um eine Aufwertungsfrage, insbes. darum, ob Vermögensanlage vorliegt oder nicht“

oder

„Es handelt sich um einen Auflassungsanspruch, insbes. um die Frage, ob der Vertrag wegen Formmangels nichtig ist und ob er mit Erfolg wegen arglistiger Täuschung über den Kaufgegenstand angefochten ist“

oder

„Es handelt sich um die Frage, ob ein zwischen den Parteien abgeschlossener Dienstvertrag mit Recht aus wichtigem Grunde gekündigt worden ist“.

Bei größeren Sachen kann es sich unter Umständen empfehlen, in der Vorbemerkung die Streitpunkte von vornherein etwas näher zu kennzeichnen, wobei dann diese Vorbemerkung eine Art Disposition für den Sachvortrag und das Plädoyer darstellen würde.

4. Es ist regelmäßig der Sachvortrag nicht getrennt für die erste und für die zweite Instanz zu geben, da aus den Äußerungen von Richtern zu entnehmen ist, daß dadurch das Verständnis der Sache erschwert wird.

Wenn es nicht gerade darauf ankommt, darauf hinzuweisen, daß und in welchen Punkten der Vortrag erster und zweiter Instanz voneinander abweicht, so empfiehlt es sich, bei dem Sachvortrag das Vorbringen beider Instanzen zusammenzufassen. Das gilt insbes. für den Fall, daß in zweiter Instanz eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, die dann also zweckmäßigerweise mit in den Sachvortrag aufzunehmen ist, besonders wenn in der ersten und zweiten Instanz über die gleichen Punkte Beweis erhoben ist. Das gilt weiter insbes. auch, wenn in der zweiten Instanz das Urkundenmaterial vervollständigt ist oder sonst neue tatsächliche Behauptungen aufgestellt sind, die das erstinstanzliche Vorbringen ergänzen.

Ob in solchen Fällen der Inhalt des angefochtenen Urteils erst am Schluß des gesamten Sachvortrages oder vorher vorzutragen ist, wird vom Einzelfall abhängen.

5. Es erscheint nicht zweckmäßig, das Urteil, sei es auch nur die Gründe, vorzulesen. Bis auf Ausnahmefälle sollten deshalb auch die Gründe des Urteils erster Instanz nur **referiert** werden.

6. Bez. der Beweisaufnahme ist es wünschenswert, daß auch hier an die Stelle des Vorlesens der Protokolle ein Bericht tritt, und zwar tunlichst unter Zusammenstellung der Zeugenaussagen nach einzelnen Beweispunkten.

Ein wörtliches Verlesen von Zeugenaussagen sollte sich auf Ausnahmefälle beschränken, in denen es gerade auf einzelne Worte unbedingt ankommt. Aber auch in diesem Falle ist anzustreben, die Zeugenaussagen nach Beweispunkten zu ordnen und nur das unbedingt Nötige wörtlich vorzulesen.

7. Auch Urkundenmaterial sollte nach Möglichkeit nur inhaltlich referiert werden, während nur diejenigen Sätze zur Vorlesung gebracht werden sollten, auf deren Wortlaut es ankommt.

8. Es ist danach zu streben, den Sachvortrag **so kurz wie möglich zu gestalten**, insbes. Rechtsausführungen aus dem Sachvortrag möglichst wegzulassen, da sie bei dem Plädoyer beider Anwälte wiederkehren.

9. Es ist zu vermeiden, beim Sachvortrag und dem Plädoyer des BerKl. schon die Rechtsausführungen des BerBekl. mehr als unbedingt nötig wiederzugeben, da sonst eine Wiederholung durch den BerBekl. unvermeidbar ist.

10. Es ist selbstverständlich, daß, wenn Urkunden und Beweisaufnahmeprotokolle zum Teil vorgelesen werden und zum Teil nicht, größter Wert darauf zu legen ist, objektiv alles das vorzutragen, was für die Prozeßentscheidung besonders wesentlich ist.

Wenn aus Urkunden oder Protokollen nur Teile vorgelesen werden, so ist davon auszugehen, daß der Gegenanwalt während des Sachvortrages den Wunsch äußern kann und muß, auch bestimmte **andere** Sätze mit vorzulesen, falls er darauf Wert legt.

Es ist selbstverständlich, daß diese Anregungen nur für den Regelfall gelten können und daß in manchen Fällen eine andere Art des Sachvortrages sich aus der Sache ergibt. Dem soll nicht irgendwie vorgegriffen werden. Es soll nur erstrebt werden, durch eine möglichst gleichmäßige Handhabung des Vortrages seitens aller Anwälte zu erreichen, daß der dritte Richter rasch und vollständig in das Bild gesetzt wird und daß das Gericht keinen Anlaß hat, sich darüber zu beklagen, daß der Sachvortrag des Anwalts den Anforderungen an einen sachgemäßen Vortrag nicht entspreche.

Dabei ist auf eine möglichst weitgehende Abkürzung der Verhandlung größter Wert zu legen.

Nach den von den Richtern mitgeteilten Erfahrungen sind besonders ausführliche Sachvorträge in der Regel am wenigsten geeignet, den Richter, der die Akten nicht kennt, mit den wirklichen Streitpunkten ausreichend bekannt zu machen, zumal gerade bei langen Sachvorträgen leicht eine Ermüdung eintritt.

Nach den Mitteilungen von Richtern muß man vielmehr annehmen, daß durch kurze Hervorhebung der wesentlichen Punkte der Zweck einer ausreichenden Informierung des Richters, der die Akten nicht kennt, bei weitem besser erreicht wird.

Vorstand des Advokatenvereins Celle.

Tabelle für die Gebührenabgabe der preuß. Notare.

Da die Berechnung der Gebührenabgabe der preuß. Notare nach der preuß. VO. zur Durchführung der VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931 (RGBl. I, 453) und des § 7 Abs. 2 im Kap. I des Zweiten Teiles der VO. des RPräs. v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279) v. 12. Sept. 1931 (PrGS. 179) Schwierigkeiten bereitet, empfiehlt es sich, folgende Tabelle zu verwenden:

Der Anteil der Staatskasse beträgt bei vereinnahmter Vergütung

über	500— 1000	*RM*	5%	weniger	25	*RM*
„	1000— 3000	„	10%	„	75	„
„	3000— 6000	„	15%	„	225	„
„	6000—12000	„	20%	„	525	„
„	12000—20000	„	30%	„	1725	„
„	20000—50000	„	40%	„	3755	„
„	50000	„	50%	„	8725	„

RA. Dr. **Wechselmann**, Königsberg i. Pr.

Angehörige der Regentschaft Tunis sind von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten (§ 110 ZPO.) befreit[1].

Die dtsch.-franz. Erkl. über die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten v. 5. Okt. 1927 (RGBl. II, 895) erstreckt sich lediglich auf Frankreich einschl. **Algier**, nicht auf die franz. Kolonien und Mandatsgebiete.

Die für Tunis maßgebende Bestimmung ist das Dekret v. 5. Mai 1883 (Journal Officiel für Tunis v. 7. Juni 1883 S. 83), das anläßlich der Aufhebung der Konsulargerichtsbarkeit in Tunis ergangen ist:

„Die Angehörigen der befreundeten Mächte, deren Konsularger. aufgehoben werden, werden den franz. Ger. in denselben Fällen und zu denselben Bedingungen unterworfen sein wie die Franzosen selbst.“

Darüber, ob diese Best. durch den Krieg zwischen Dtschld. und Frankreich — also auch im Verkehr mit Tunis — als aufgehoben gelte, wurde eine Auskunft des Dtsch. Generalkonsuls in Tunis v. 19. Sept. 1931, Nr. 33/31 eingeholt.

Danach ist das Dekret v. 5. Mai 1883 noch in Kraft. Deutsche werden in Tunis vor franz. Ger. wie Franzosen behandelt; sie sind von der Sicherheitsleistungspflicht befreit.

Danach sind nach § 110 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO. auch Angehörige der Regentschaft **Tunis** zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten nicht verpflichtet.

RA. Dr. **Hans Herzberg**, Berlin.

[1]) Siehe dazu **Magnus**, Tabellen I, 2. Aufl. 1931, S. 60.

Schrifttum.

Magnus: Tabellen zum internationalen Recht. Erstes Heft: Zivilprozeßrecht. Mitarbeiter: GerAss. Dr. Wolfgang Friedmann, Referendarin Käthe Großmann, Geh. JR. Prof. Dr. Georg Kleinfeller, AGR. Dr. Helmuth Kutzner, Hilfsarbeiter im preuß. JustMin., MinR. im preuß. JustMin. Ernst Lutterloh, LGR. Rudolf Veltman, Hilfsarbeiter im preuß. JustMin. 2. völlig neu bearb. und erw. Aufl. Berlin 1931. XXIII u. 217 S. im Format der JW., Preis kart. 18 ℳ. Vorzugspreis f. d. Mitgl. d. DAV. bei Bezug durch d. Geschäftsst. d. DAV. 12 ℳ.

Es ist nach Menge und Maß der Arbeit eine geradezu bewundernswerte Leistung, welche diese zweite Auflage der Tabellen darstellt. Der Krieg mit seiner völkerverhetzenden Wirkung hat unmittelbar und mit den mittelbaren Folgen ein Maß der internationalen Verflechtung geschaffen, an welches vorher nicht gedacht wurde. Millionen von Menschen haben ihre Staatsangehörigkeit mehr oder minder freiwillig gewechselt, ihren Wohnsitz verlassen. Die Staatenlosen, die früher eine Seltenheit waren, sind jetzt eine ganz regelmäßige Erscheinung im Rechtsleben geworden. So ist es gekommen, daß auch der internationale Rechtsverkehr ganz außerordentlich gewachsen ist.

Auf dem Gebiete des Zivilprozesses sind es vor allen Dingen die Frage des Armenrechtes, der Vorschußpflicht, der Pflicht der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, dann aber die weit in das materielle Recht eingreifende Frage der Anerkennung und der Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile, welche in der tägl. Praxis eine Rolle spielen. Für die Gerichte kommen die Ersuchen um Rechtshilfe dazu.

Das Material, mit welchem sich der Praktiker in allen diesen Fragen beschäftigen muß, besteht nur zum geringsten Teil in völkerrechtl. Verträgen. Vor allem kommt es auf die Kenntnis der Prozeßgesetze des Auslandes, auf die praktische Übung und auf eine Unzahl von Verwaltungsanordnungen an, über die der Praktiker nur mit großer Mühe sich unterrichten kann. War schon die erste Auflage des Werkes ein dankenswertes Unternehmen, so stellt die zweite Auflage, die unter schwierigsten wirtschaftl. Verhältnissen ausgegeben ist, ein geradezu unschätzbares Hilfsmittel für die Praxis dar. Der Herausgeber, der sich der Mitarbeit der Theorie wie der Verwaltungsbehörden erfreuen durfte, hat die Tabellen im Vergleich zu der ersten Auflage ganz außerordentlich erweitert. Er hat vor allem gemäß dem Bedürfnis der Praxis in einer ersten Spalte die innerstaatl. Prozeßgesetze der ausländischen Staaten mitgeteilt. Die Tabellen beziehen sich auf mehr als 60 außerdeutsche Staaten und wenn darunter begreiflicherweise auch solche sind, die in der Praxis sehr vieler deutscher Juristen kaum eine Rolle spielen werden, so ist die Aufnahme dieser praktisch minder bedeutsamen Staaten doch gerade deshalb dankenswert, weil es in den wenigen Fällen, die in der Praxis vielleicht einmal vorkommen, sonst kaum möglich ist, die erforderl. Informationen zu erlangen. Vor allem aber sind diejenigen Staaten, die für den deutschen Rechtsverkehr fast zum tägl. Brot geworden sind, also die europäischen Großmächte, die Vereinigten Staaten Amerikas, in ausgiebigster Weise behandelt.

Der ersten Spalte der Tabellen, welche die innerstaatl. Prozeßgesetze des Auslandes angibt, folgt in einer zweiten Spalte, die sehr wesentl. Zusammenstellung, ob und wieweit die ausländischen Staaten dem Haager Abkommen über den Zivilprozeß v. 17. Juli 1905 und dem Haager Abkommen über die Ehescheidung v. 12. Juni 1902 beigetreten sind, dann aber die weitere Mitteilung, ob und in welchem Umfange besondere Zivilprozeßabkommen zwischen dem Staat und dem Deutschen Reiche bestehen.

In drei weiteren Spalten behandeln die Tabellen die Frage, ob eine Vorschußpflicht des Ausländers für Prozeßkosten, eine Pflicht zur Sicherheitsleistung für die Gerichtskosten besteht und ob und in welchem Umfange das Armenrecht gewährt wird. Es sind insbes. die beiden ersten Fragen, die in der tägl. Praxis eine Rolle spielen.

Ein kaum hoch genug einzuschätzendes Maß der wissenschaftl. Leistung stellt die nächste Spalte dar, welche sich über die Anerkennung deutscher Urteile im ausländischen Staat und ausländischer Urteile im Deutschen Reich verhält. Während früher die Frage im wesentl. die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils betraf, handelt es sich nach dem jetzigen Stande der Wissenschaft, der auch bereits in der deutschen ZPONovelle von 1898 zur Geltung gelangt ist, um den weiteren Begriff der Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts. Die Frage der Anerkennung ist vor allem für die Ehescheidungsurteile praktisch außerordentlich bedeutsam geworden. Jeder einigermaßen beschäftigte Anwalt, jeder Prozeßrichter muß sich mit diesen Fragen beschäftigen. § 328 Abs. 2 ZPO. behandelt gerade für Ehesachen die Verbürgung der Gegenseitigkeit anders als für vermögensrechtl. Streitigkeiten. Der Herausgeber der Tabellen weist in den Vorbemerkungen mit Recht darauf hin, daß die Frage, ob Urteile im Ausland vollstreckbar sind, sich kaum durch eine einfache Bejahung oder Verneinung erledigen läßt. Die Frage der Anerkennung ausländischer Urteile ist daher in den Tabellen ganz besonders sorgfältig und ausführlich behandelt. Die eine Hälfte der Darstellung betrifft die Anerkennung deutscher Urteile im Ausland, die andere Hälfte die umgekehrte Frage der Anerkennung ausländischer Urteile in Deutschland.

Die Frage der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist mit vollem Rechte beiseite gelassen. Sie wird durch das Genfer Abk. v. 26. Sept. 1927 besonders geregelt werden, sobald dieses Abk. in weiterem Maße als bisher ratifiziert sein wird.

Für die Gerichtspraxis ist die an die preuß. Rechtshilfeordnung für Zivilsachen (JMBl. 31, 302) anknüpfende Behandlung der Ersuchen um Rechtshilfe erheblich.

Ganz besonders dankbar kann die Praxis auch dafür sein, daß die Staatsvertr. und internationalen Abk., welche den internationalen Rechtsverkehr regeln, in weitestem Umfange abgedruckt sind. Wenn auch diese Vertr. im RGBl. abgedruckt sind, so bedeutet doch das Heraussuchen von Fall zu Fall eine außerordentl. Arbeit, die durch den Abdruck in den Tabellen erspart wird.

Aber man würde dem Herausgeber und seinen Mitarbeitern nicht entfernt gerecht werden, wenn man sich bei der Würdigung der Tabellen lediglich mit der Betrachtung dieses äußeren Rahmens begnügen wollte. Was an Arbeit geleistet worden ist, ergibt nicht nur das vorgedruckte umfangreiche Literaturverzeichnis, sondern vor allem auch die Einzelprüfung der Angaben aus der Literatur, welche in den Tabellen enthalten sind. Die Herausgeber der Tabellen haben sich nicht damit begnügt, die von ihnen gewonnenen Resultate mitzuteilen und von denjenigen, die die Tabellen benutzen, treue Gefolgschaft zu verlangen, sondern sie geben in weitestem Umfange die literarischen Belege, und zwar auch da, wo, wie selbstverständlich, Zweifels- und Streitfragen sich ergeben. Wer die Tabelle benutzt, ist also in der Lage und sicherlich auch verpflichtet, die Angaben der Verf. an der Hand der Literatur, welche die Verf. mitteilen, nachzuprüfen, und gerade dadurch wird der Wert der Arbeit für die Wissenschaft und die Praxis erwiesen. In welchem Umfange hier die Herausgeber weitestgehende wissenschaftl. Arbeit geleistet haben, ergibt beispielsweise die anscheinend kurze Darstellung der Verhältnisse der Staatenlosen. Bei diesen kommen selbstverständlich innerstaatl. Rechtsquellen und Zivilprozeßvertr. nicht in Betracht, aber die Frage, wie es in diesen Fällen mit der Regelung der Kosten und des Armenrechts steht, würde jedem Praktiker ohne die Mithilfe der Tabellen schwer zu überwindende Schwierigkeiten bereiten. Der deutsche Praktiker wird besonders für diejenigen Gebiete, deren Staatszugehörigkeit durch den VV. geändert ist, im Westen und Osten des Deutschen Reiches, also für Elsaß-Lothringen und Polen, ein sehr reiches Material vorfinden, aber auch brauchen. Es ist besonders wertvoll, daß auch hier der Herausgeber die Literatur in weitestem Umfange benutzt hat und zur Nachprüfung mitteilt.

Nach alledem handelt es sich also keineswegs, wie der äußerlich viel zu bescheidene Titel des Buches annehmen lassen könnte, um eine tabellarische Zusammenstellung, die ein Registraturwerk bilden könnte, sondern um eine wissenschaftl. und für die Praxis kaum entbehrliche Arbeit, für welche die deutsche Wissenschaft und Praxis, nicht minder aber diejenige des Auslandes, dem verdienten Herausgeber dieser Zeitschrift und seinen Mitarbeitern ganz außerordentlich herzlichen Dank schuldet. Wer das Werk benutzt und benutzen muß — und dies werden unzählige deutsche und ausländische Juristen sein —, wird staunen über die Gründlichkeit und Vielseitigkeit der Arbeit und wird dem Herausgeber und seinen Mitarbeitern besonders dankbar sein nicht nur für die Hilfe, die er für seine Arbeit erlangt, sondern auch für die in dem Werk liegende Mitarbeit an der internationalen Verständigung, die uns auch auf dem Rechtsgebiete bitter nottut.

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

Die Rechtsantragstellen bei den preußischen Justizbehörden. Denkschrift des Verbandes preußischer Justizamtmänner über den Dienst in den Rechtsantragstellen und deren bessere Ausgestaltung. Berlin 1931. 31 Seiten.

Nach dem Vorbilde von § 85 der Anlage zu § 3 AGO. III 5 und von § 6 des Büroreglements v. 3. Aug. 1841 (JMBl. 292) haben die amts- und arbeitsgerichtlichen GeschO. v. 1879, 1899, 1906, 1914, 1927 für Gerichte von beträchtlichem Geschäftsumfange zur Entgegennahme von Gesuchen, die von der Geschäftsstelle aufzunehmen sind, die Einrichtung einer „Anmeldestube“ zugelassen. Die alte Anmeldestube heißt seit 1929 (JMBl. 263) „Rechtsantragstelle“ (RASt.) und wird unter dieser Bezeichnung auch in die neue GesamtgeschäftsO. (vgl. JW. 1931, 1784) übergehen, die am 16. Dez. 1930 (JMBl. 359) angekündigt ist, am 1. Jan. 1932 in Kraft treten soll und in allernächster Zeit veröffentlicht werden wird. Die RASt. kann künftig allgemein bei Gerichten von

größerem Geschäftsumfange — also nicht nur bei AG. und ArbG. — zur Entgegennahme von Gesuchen, Klagen, Anträgen und Erklärungen, die von der Geschäftsstelle aufzunehmen sind, eingerichtet werden, wenn ein Bedürfnis vorliegt. Soweit die Vorschläge der von dem Verbande der preuß. Justizamtmänner dem Verbandstage im Juni 1931 vorgelegten, von Justizamtmann Pfeifer verfaßten Denkschrift hierüber hinausgehen, insbes. die Einrichtung einer solchen Stelle auch bei mittleren AG. als eine unbedingte Notwendigkeit bezeichnen, werden sie also auf unmittelbaren Erfolg zunächst nicht rechnen können. Daran wird auch die durch die VO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 564) herbeigeführte Erhöhung der amtsgerichtlichen Zivilprozeßzuständigkeit auf 1000 *RM* schwerlich etwas ändern. Denn neben gemeinnützigen Rechtsauskunftstellen und fachkundigen „Sekretären" aller denkbaren Interessentenvertretungen steht den Rechtsuchenden jetzt auch in mittleren Städten eine mehr als ausreichende Zahl von RA. mit und ohne Armenrecht zur Verfügung: eine Tatsache, die von der Justizverwaltung nicht unbeachtet beiseitegeschoben werden darf. Das Bedürfnis, über den Rahmen der allgemein bestehenden Sprechstunden der Geschäftsstellen hinaus besondere RASt. zur Erleichterung des Rechtsverkehrs und zum Schutze der rechtsunkundigen Bevölkerung gegen Übervorteilung durch unzuverlässige Rechtsberater einzurichten, wird daher nicht in dem gleichen Maße steigen, wie die durch das Daniederliegen der Wirtschaft, die Verschärfung aller möglichen Gegensätze und das rege Klappern der Gesetzesmühle erzeugte Rechtsnot. Das mag vom Standpunkte der Denkschrift zu bedauern sein, muß aber ertragen und wird gegenwärtig um so eher verschmerzt werden, als ohnehin die von der Denkschrift erstrebte „besoldungsmäßige Heraushebung" der Beamten der RASt. durch Bewilligung neuer Stellenzulagen für absehbare Zeit nicht in Frage kommen kann.

Um so unbefangener läßt sich der sachliche Inhalt der Denkschrift würdigen. Mit Recht stellt sie an die Spitze den Satz, daß die Arbeitsleistung der Beamten des oberen Justizdienstes in den RASt. wahrer „Dienst am Volke" ist und betont den schon von der AGO. erkannten Wert der Beschäftigung in RASt. für die Ausbildung der Referendare. In anschaulicher Darstellung schildert sie die alle Gebiete des Rechtsverkehrs umfassende Tätigkeit der RASt., die außer vielseitigen Rechtskenntnissen und geistiger Beweglichkeit die Gabe schneller und scharfer Auffassung sowie die Fähigkeit erfordert, aus dem unklaren Vorbringen rechtsunkundiger und befangener Antragsteller den tatsächlich und rechtlich wesentlichen Kern herauszuschälen. Hierauf stützt sie das Verlangen, in § 32 der „Buko" die Nr. 20 „Aufnahme von Klagen und Anträgen" aus der Rate A II in die der Übertragbarkeit auf andere als obere Beamte grundsätzlich entzogene Rate A I zu versetzen. Mit treffenden Worten kennzeichnet sie von bürokratischer Engherzigkeit freies menschliches Verständnis und über bloße Höflichkeit hinausgehendes freundliches Entgegenkommen gegenüber den Rechtsuchenden als wichtige Grundlage für volksnahe Rechtspflege. Aber das sind ebenso wie die Erteilung von Rechtsauskunft in den Grenzen sachlicher Zuständigkeit Beamtenpflichten, die nicht nur für die RASt. gelten! Im Strudel der Staatsumwälzung scheint eine der letzten Verfügungen des JustMin. Spahn versunken und vergessen zu sein. Deshalb ist es vielleicht nicht unangebracht, aus ihr einige Sätze, die sie selbst als „nichts Neues" bezeichnet, in Erinnerung zu bringen. Auf S. 425 des JMBl. 1918 ist zu lesen: „Zu den Aufgaben aller Justizbeamten gehört es, jede Schroffheit wie jede Lässigkeit im amtlichen Verkehr zu vermeiden. Niemals darf der Anschein erweckt werden, als wenn der Beamte den Angelegenheiten der Personen, die vor ihm verhandeln oder mit denen er sonst dienstlich in Berührung kommt, nicht sein volles Interesse entgegenbringe. Ruhiges und verständnisvolles Anhören auch rechts- und geschäftsunkundiger Personen sowie bereitwillige Erteilung von Rat und Auskunft werden bei den Rechtsuchenden das Vertrauen zu den Justizbehörden befestigen. . . Billige Wünsche der Beteiligten wegen des Zeitpunktes der Termine sind zu beachten. Auf Beschleunigung der Rechtspflege ist unter voller Wahrung ihrer Güte und Zuverlässigkeit nach Kräften hinzuwirken. Für das Verhalten der Beamten untereinander müssen die gleichen Gesichtspunkte maßgebend sein. Gegenseitige Hilfe und Förderung auch über den Rahmen der dem einzelnen Beamten regelmäßig zufallenden Aufgaben hinaus werden zu einem gedeihlichen Zusammenwirken aller in erheblichem Maße beitragen" (vgl. dazu JMBl. 1927, 136). Auch die Denkschrift will selbstverständlich die Beachtung solcher Richtlinien nicht auf die RASt. beschränken und ebensowenig einer schematischen Durchführung der Einrichtung von RASt. ernstlich das Wort reden. Ob im Einzelfalle eine RASt. — unter Umständen gemeinschaftlich für mehrere in einem Gebäude untergebrachte Gerichte — einzurichten, mit welchen Kräften außer dem Leiter sie zu besetzen, wie sie räumlich und sächlich (Schreibmaschine, Fernsprechanschluß) auszustatten ist, kann nur nach dem örtlichen Bedürfnis und den zur Verfügung stehenden Mitteln entschieden werden. Dabei verdienen die Ausführungen der Denkschrift durchaus Beachtung. Wenn freilich für die Beamten der RASt. eine täglich zweistündige Dienstverkürzung zu dem Zwecke gefordert wird, ihnen die „außerdienstliche" Fortbildung durch das Studium von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen zu ermöglichen, so muß darauf hingewiesen werden, daß solche Fortbildung zu den nicht nach dem Stundenmaß zu berechnenden Dienstpflichten nicht nur der höheren, sondern auch der oberen Beamten gehört. Mißverständlich kann der Satz der Denkschrift erscheinen, daß die Beamten der RASt. Rechtsauskunft und Rechtsberatung grundsätzlich nur „unverbindlich" erteilen können. Nach dem Zusammenhang soll damit aber wohl nicht die Anwendbarkeit des § 839 BGB. auf eine zuständigkeitsgemäß erteilte Rechtsauskunft verneint, sondern nur darauf hingewiesen werden, daß die Beamten nicht beurteilen können, ob das Vorbringen des Rechtsuchenden den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und welche Einwendungen der Prozeßgegner erheben wird. Den Bedenken, die in der Denkschrift selbst gegen die von ihr vorgeschlagenen Betrauung der Beamten der RASt. mit Rechtspflegergeschäften angeführt werden, kommt nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung zu: hier wird es im allgemeinen wohl besser bei der Heranziehung des „Laufjungen" verbleiben. Wenn unter Berufung auf eine gelegentliche und vorsichtige Äußerung Güllands die Aufgabe der RASt. als „richterentlastende Rechtspflegertätigkeit" bezeichnet wird, so trägt das nicht zur Klärung bei: nicht jede Entlastung des Richters, sondern nur die Übertragung richterlicher Geschäfte zur — ganz oder teilweise — selbständigen Erledigung macht den „Rechtspfleger"! Mit Recht dagegen wird die Forderung aufgestellt, daß zu Leitern der RASt. nur voll befähigte und persönlich geeignete Oberbeamte bestellt und daß die Oberbeamten aus diesem wichtigen Teile ihres recht eigentlichen Tätigkeitsgebiets weder durch weniger durchgebildete mittlere Beamte noch durch — in doppeltem Sinne — überlaufende Beamte des höheren Dienstes verdrängt werden. Daß freilich dieser Wunsch in seinem zweiten Teil auf dauernde Berücksichtigung rechnen kann, dafür wird bei der Not der Zeit der sicher vorhandene gute Wille der Justizverwaltung allein keine ausreichende Gewähr bieten. Denn angesichts der Tatsachen, daß in Preußen die Zahl der Gerichtsassessoren seit 1. Jan. 1927 von 2120 auf 2748 am 1. Jan. und 2913 am 1. Sept. 1930 gestiegen, daß die Durchschnittszahl eines Jahrgangs der Referendare, die vor dem Kriege 1416 betrug, trotz des Verlustes von 11% der Einwohnerzahl in den Jahren 1925/29 auf 1443, nach dem Stande v. 1. Jan. 1930 auf 1893 und am 1. Jan. 1931 auf 2206 angewachsen ist (JMBl. 1930, 171; 1931, 55) und daß die Rechtsanwaltschaft auf Jahrzehnte hinaus wenig aufnahmefähig sein wird, läßt sich die Besorgnis nicht von der Hand weisen, daß die Überzahl der Gerichtsassessoren schließlich einen unwiderstehlichen Druck auf die benachbarte Laufbahn der Oberbeamten ausüben wird.

Dagegen sollten für die Erfüllung einer anderen Forderung der Denkschrift unter allen Umständen auch jetzt und gerade jetzt ausreichende Mittel zur Verfügung gestellt werden: für die Ausstattung der RASt. — und nicht nur dieser, sondern der Gerichte und ihrer Geschäftsstellen überhaupt — mit dem notwendigen geistigen Handwerkszeug in der Gestalt zuverlässiger, stets auf dem laufenden erhaltener Handbüchereien, die den Beamten nicht nur die für ihren Dienst maßgebenden Gesetze in der jeweils geltenden Fassung, sondern auch wichtige Entsch. leicht und schnell zugänglich machen. Daneben muß wenigstens in den Hauptbüchereien die erforderliche Anzahl praktischer Erläuterungsbücher und bedeutenderer Fachzeitschriften erreichbar sein. Das ist schon mit Rücksicht auf die Staatskasse geboten. Denn im Zeitalter sich überstürzender Gesetze und VO., die für den Laien wie für den in den Vorstellungen des Rechtsstaats befangenen Rechtskundigen selbst in ihrem Wortlaut nicht immer voll verständlich, in ihrem Sinne noch häufiger zunächst unergründlich sind, gehört die Ausstattung der Behörden mit den Hilfsmitteln, zu deren eigener Anschaffung die Mehrzahl der Beamten nicht mehr in der Lage ist, zu den Amtspflichten, die den für die Ausstattung verantwortlichen Beamten gegenüber allen zur Inanspruchnahme der Behörden genötigten „Dritten" obliegen. Bedeutsamer noch ist es, daß das Vertrauen des durch die unvermeidliche Notgesetzgebung beunruhigten, trotzdem aber anerkennenswert geduldigen und verständigen Volkes nicht durch vermeidbare Unsicherheit in der Handhabung der Notvorschriften durch die Behörden vollends erschüttert werden darf!

Staatssekretär i. R. Dr. Fritze, Berlin.

Leo Mügel, Landgerichtsrat: Der Sachverständige im Zivil- und Strafprozeß. Köln 1931. Kommissionsverlag Paul Kuschbert. 48 Seiten. Preis 2,50 *M*.

Es ist sehr zu begrüßen, daß sich ein Richter gefunden hat, der diese juristisch etwas vernachlässigte Materie zum Gegenstand einer übersichtlichen Abhandlung gemacht hat; dabei sind alle auftauchenden Fragen klar und zuverlässig behandelt worden. Im Gegensatz zu der ZuSGebO. eines aus dem mittleren Justizdienst hervorgegangenen, stark fiskalisch eingestellten Kommentators hält sich Verf. möglichst frei von solchen Fesseln und gibt eine objektive, durch Anführung der wichtigsten obergerichtlichen Entsch. bereicherte Darstellung

der Rechte und Pflichten des Sachverständigen im Gerichtsverfahren und der gesetzmäßigen, zum Teil recht widerspruchsvollen Bewertung und Bezahlung seiner Leistungen. Widersprechende Meinungen werden angeführt. Vielleicht wäre der Erfolg der Arbeit noch größer gewesen, wenn Verf. unter Zugrundelegung seiner wertvollen Ausführungen die ZuSGebO. kommentiert hätte, wodurch jedenfalls eine bessere Übersicht über die Einzelbestimmungen dieser GebO. erreicht, zugleich ein guter Führer neben den nichtjuristischen Kommentaren der GebO. entstanden wäre. Aber gleichwohl wird das Werkchen nicht bloß für die Gebührenberechnungsstellen selbst, sondern auch für die Sachverständigen aller Kategorien ein wertvoller Ratgeber sein. Bei dieser Gelegenheit sei noch der Wunsch ausgesprochen, daß sich die Richter mehr als bisher für die gerechte Einschätzung der Leistungen unserer unentbehrlichen, gut geschulten Sachverständigen einsetzen und nicht alles den nichtjuristischen mittleren Justizbeamten zur Entscheidung überlassen, die oft durch ihre engherzigen und sozial unverständlichen und daher ungerechtfertigten Gebührenfestsetzungen, recte = Kürzungen, Ärger und Zorn der für die Rechtspflege nun einmal nicht entbehrlichen Sachverständigen heraufbeschwören und ständig virulent halten.

Dr. Schneickert, Berlin.

Dr. **Hermann Krause**, Gerichtsassessor, Privatdozent an der Handelshochschule Berlin: **Die ständigen Schiedsgerichte im Entwurf der neuen ZPO.** (Sonderabdruck aus „Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25 jährigen Bestehen der Handelshochschule Berlin".) Verlag von Reimar Hobbing.

Der Verf. hat bereits in seiner Schrift „Die geschichtl. Entwickelung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland 1930" (JW. 1930, 126) einen verdienstlichen Beitrag für die gesetzgeberische Behandlung der Schiedsgerichtsfrage gegeben. Auch die vorl. Schrift liegt in der gleichen Linie. Sie bietet trotz ihrer Kürze erheblich mehr, als der Titel verheißt. Die Entwicklung, welche die SchiedsG. in den letzten 50 Jahren, übrigens nicht nur in Deutschland, genommen haben, kann und muß unter einem höheren Gesichtspunkt als dem einer prozessualen oder gar privatrechtl. Einzelheit betrachtet werden, sie führt hinein in das Problem der Verteilung der Macht zwischen dem Staat auf der einen Seite, den bald fest organisierten, bald lose auftretenden Interessentengruppen auf der anderen Seite (vgl. Schiedsgerichtsvertrag usw. in den Druckschriften des DAV. Nr. 15 S. 15). Verf. weist mit Recht darauf hin, daß das Schiedsgerichtsrecht der jetzt geltenden ZPO. einer Periode entstammt, die das Einzelindividuum in den Mittelpunkt stellte; es ist für die Entwicklung bezeichnend, daß die Interessentengruppen es verstanden haben, als Verbände, Vereine, Kartelle sich auf weiten Gebieten Überlegenheit nicht nur über den Einzelnen, sondern auch über den Staat zu verschaffen. Wie sehr der Staat diese Entwicklung entweder verkannt oder geduldet und begünstigt hat, dafür ist beispielsweise § 11 ArbGG. ein bezeichnendes Beispiel. Der Verf. der vorl. Schrift betont mit Recht das Bedenkliche dieser Entwicklung; er weist aber vor allem auch in dem sehr interessanten ersten Teil der Schrift darauf hin, daß die Rechtsgültigkeit der im Laufe dieser Entwicklung entstandenen SchiedsG. auch nach dem jetzt geltenden Gesetz durchaus zweifelhaft ist. Eine Reihe dieser Gerichte bestehen nach seiner Meinung in weitem Umfang nicht präter, sondern contra legem. Wenn dieser Zustand trotzdem ziemlich unangefochten besteht, so liegt dies nach der Meinung des Verf. an der Ausschaltung der staatlichen Mitwirkung und Kontrolle. Vor allem liegt es wohl aber an der wirtschaftl. Macht der hinter solchen SchiedsG. stehenden Institutionen, und deshalb prüft Verf. mit Recht auch bei Behandlung des neuen Entw. der ZPO. die Frage, ob die neu geplanten Vorschr. geeignet sein werden, diese Macht auszuschließen. Die Prüfung des Entw. wird vor allem unter diesem Gesichtspunkt erfolgen müssen; daneben wird aber die materielle Gesetzgebung über Kartellrecht und über Schuldrecht i. allg. diese Erwägung beachten müssen.

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

Dr. **Karl Klein** (VDJ.), Syndikus und öffentlich bestellter, vereidigter Sachverständiger, 1. Vorsitzender des „Reichsverband der freien technischen Berufe Deutschlands e. V. (RFTB.)" Sitz Frankfurt a. M.: **Die Pflichten und Rechte der Sachverständigen im deutschen Recht**, nebst einem Anhang: Der gegenwärtige Stand in Fragen der Gewerbesteuer für die freien technischen Berufe. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 5 ℳ.

Die Schrift enthält die wesentl. Verhandlungen und Vorträge der diesjährigen Hauptverhandlung des Reichsverbands der freien technischen Berufe Deutschlands e. V. mit Ergänzungen aus der Rspr. bis zum Tage der Drucklegung. Die Vorträge behandeln folgende Themen:

1. Pflichten und Rechte der Sachverständigen im dtsch. Recht.
2. Gebühren der Sachverständigen für Gutachten vor den Gerichten.
3. Der unlautere Wettbewerb von beamteten Sachverständigen, öffentl.-rechtl. Körperschaften sowie privatrechtl. Organisationen und Verbänden mit behördl. Befugnissen gegen die freien technischen Berufe.
4. Der gegenwärtige Stand der Fragen der Gewerbesteuer für die freien technischen Berufe.

Die sämtl. Themen haben Bedeutung über den Interessenkreis des genannten Verbandes hinaus. Besonders eingehend und aufschlußreich ist behandelt das vielumstrittene Gebiet der Sachverständigengebühren. Das vorgelegte gutachtl. und Rechtsprechungsmaterial kann auch Gerichten und Anwälten gute Dienste leisten. Zu dem bisher literarisch noch viel zu wenig behandelten Thema des Wettbewerbs, den Staatsbehörden, sowie aktive und pensionierte Staatsbeamte den freien Berufen bereiten, gibt der dritte Vortrag reiches Material. Auch die Anwälte leiden unter derartiger Konkurrenz. Dies gäbe ihnen allerdings noch nicht ohne weiteres die Legitimation, die Beseitigung zu verlangen. Es fehlt bisher eine genügende Herausarbeitung der Kriterien zur Unterscheidung zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb dieser Art. Zur Kennzeichnung des Problems seien einzelne hierhergehörige Fälle — ohne Bewertung, für die an dieser Stelle der Raum fehlt — aufgezählt. Gemeinnützige Rechtsauskunftstellen erteilen bemittelten Leuten, die auf entgeltl. Beratung nicht angewiesen sind, Auskunft; aktive Richter und Verwaltungsbeamte üben konsultative und gutachtl. Tätigkeit aus; pensionierte Richter üben Anwaltstätigkeit aus entweder außerhalb des Standes in unterbietender Weise (ich erinnere an den seinerzeit viel besprochenen Fall des LGDir. a. D., der sich in Inseraten erbot, die laufende Rechtsberatung von Firmen als „Syndikus" gegen eine Pauschale von 10 *RM* monatlich, sowie die Führung von Prozessen zu halben Anwaltsgebühren zu übernehmen) oder als Anwälte innerhalb des Anwaltsstandes. Alle diese Probleme werden bisher viel zu sehr isoliert, opportunistisch und gefühlsmäßig von uns behandelt. Die Voraussetzung einer rationalen Behandlung wäre mindestens die wissenschaftl. Erkenntnis des größeren Zusammenhangs, in den sie hineingehören. Hier kann die vorl. Schrift treffl. Dienste leisten.

RA. Dr. Sigbert Feuchtwanger, München.

Dr. **Ernst Loewenthal**, Gerichtsassessor: **Der Gerichtseid.** Frankfurt a. M. 1929. Selbstverlag des Verfassers. 100 S.

Das schon vordem bedeutende monographische Schrifttum über den Eid als beweisrechtliches Institut beider Prozesse sowie über die strafrechtliche Ahndung der Eidesverletzung (vgl. das umfangreiche, doch nicht erschöpfende Literaturverzeichnis, Loewenthal S. 93 ff.) hat in den letzten Jahren gesetzgeberischer Reformbemühungen einen starken Zuwachs erfahren. Die eidesrechtliche, teilweise stark rechtsvergleichend arbeitende — hier sind vor allem die Schriften von Rühl (Fragistas und Abraham), Beiträge zum zivilprozessualen Beweisrecht 1929 und Hegler, Eidesreform 1930 zu nennen — Reformliteratur Deutschlands erfährt ihre konkrete rechtspolitische Auswertung in den für den 36. Deutschen Juristentag erstatteten Gutachten von Sperl (Wien) und Püschel (Berlin), (vgl. Gutachtenband 1930, 239 ff., 716 ff.). Dieser, gesetzgeberische Reformziele verfolgenden Literatur ist auch die vorliegende Schrift zuzurechnen. Ihr besonderer Vorzug besteht nun darin, daß sie nicht mit gegenwartsgebundener Rechtspolitik beginnt, wie das sonst regelmäßig geschieht. Alle fruchtbare Reformarbeit, darüber ist sich Verf. von vornherein klar, hat zur Voraussetzung, daß man von der reformbedürftig erscheinenden Wirklichkeit hinreichenden Abstand gewonnen habe. Dies nicht nur in dem Sinne der Forderung an den auf ein besseres Recht vorblickenden Rechtsreformer, daß er zunächst einmal einen Rückblick in die Rechtsgeschichte und einen Umblick in die Bereiche fremden Rechts getan haben müsse, um so einen Überblick über die Problemlage zu gewinnen. Das alles genügt nicht, und auch Loewenthal hat sich daran nicht genügen lassen. Aus Tatsachen folgen immer nur Tatsachen. Wer (als Gesetzgeber) neue Tatsachen schaffen will, wird einsichtig machen müssen, daß sein schöpferisches Wollen Entfaltung und Ausdruck eines der in ihrer sozialen Wesensdynamik erfaßten Gegenwart immanenten Sollens ist. Was kann unserer Zeit, wenn sie sich selbst recht versteht, der Eid (noch) bedeuten? Um die Beantwortung dieser Frage ist der Verf. in den ersten drei Kapiteln (S. 7 bis 60) bemüht, um auf ihnen aufbauend sodann im Schlußabschnitt (S. 61—90), der die bezeichnende Überschrift „Ersatz des Eides" trägt, seine Reformvorschläge darzulegen.

Verf. nimmt (nach einem kurzen geschichtlichen Überblick) seinen Ausgang von einer Untersuchung der juristischen Funktion des Eides in seiner doppelten Gestalt als Partei- und Zeugeneid im modernen Gerichtsverfahren (Kap. 1). Er wendet sich dann der psychologischen Bedeutung des Eides zu. Während es sich dort um eine kritische Analyse des Eidesmechanismus unserer Prozeßordnungen, um den Gerichtseid, wie er gesetzlich normiert ist und tatsächlich funktioniert, handelte, wird nunmehr im 2. Kapitel (S. 32—47) das psychologische Wirkungsfeld des Gerichtseides in Idee und Wirklichkeit abgegrenzt. „Diese Untersuchung, die dem psychologischen Zweck des Eides gewidmet war", schließt „durchaus negativ" (S. 47). Es klaffe ein tiefer Gegensatz zwischen der psychologischen Wirkung des Eides, wie sie sich der Gesetzgeber bei Schaffung der geltenden eidesrechtlichen Vorschriften vorgestellt habe, und der realen motivierenden Kraft, die der Eid im

heutigen Prozeß zu entfalten vermöge. Die dem Gesetz zugrunde liegende Vorstellung von der psychologischen Wirkung des Eides sei „rationalistisch-spekulativ und nicht empirisch-exakt“ (S. 38). Anders ausgedrückt: Das Bild des zur Eidesleistung berufenen Menschen, wie es dem Gesetzgeber vorschwebte, deckt sich nicht mit dem in der gegenwärtigen Prozeßwirklichkeit jeweils erlebten Menschen, der die Hand zum Schwur erhebt. Der Mensch, auf den das Gesetz, geleitet von einem „tief begründeten Logizismus“ zugeschnitten ist, ist ein homo iuridicus von wirklichkeitsfremder Abstraktheit. Daß hier eine Kluft besteht zwischen Gesetzesidee und Wirklichkeit, läßt sich nicht bestreiten. Die Frage ist, was zur Überbrückung dieser Kluft geschehen kann. Es ist Sache des rechtanwendenden Richters, zwischen der notwendig typisierenden Einstellung des objektiven Rechts und der normbetroffenen, notwendig einmalig-individuellen Wirklichkeit den konkreten Ausgleich zu schaffen. Erweist sich das als unmöglich, so ist Gesetzesänderung geboten. Verf. fordert sie. Er geht dabei radikal vor, indem er alle Teilreformen ablehnt. Der Parteieid soll durch eine „verantwortliche Versicherung“ (S. 65), der Zeugeneid durch ein protokolliertes „Zeugnis im strengen, prägnanten Sinn, für das der Zeuge strafrechtlich verantwortlich ist“ (S. 82 ff.), ersetzt werden. Der Rechtfertigung dieser weitgehenden, nicht schlechthin neuartigen Reformvorschläge dienen die Ausführungen des 3. Kapitels (Die religiöse Bedeutung des Eides, S. 48—60):

Verf. lehnt mit vollem Recht eine „einseitig psychologistische Einstellung zum Eide“ (S. 59) ab. Das Wesen des Eides enthülle sich in seiner religiösen Bedeutung (vgl. auch Hegler a. a. O. S. 24 ff.); über sie hinwegsehen, heiße Sinn und Eigenwert des Eides verkennen und den trotzdem als Rechtsinstitut beibehaltenen zur toten Formel erstarren lassen. Wer ist es nun, fragt Verf. weiter, dem das Recht zusteht, vom Individuum diese Beteuerung der Wahrheit im Bewußtsein menschlicher Unzulänglichkeit, deren Ausdruck der Eid sei (vgl. S. 57), zu fordern? Nicht jeder Staat und der Staat nicht schon deshalb, weil er solchen Personeinsatz des Einzelnen zur Erreichung staatlicher Zwecke für erforderlich hält. Ein „Recht des Staates zum Gebrauch des religiösen Gefühls seiner Bürger“ sei nur dann anzuerkennen, wenn der Staat sich selbst durch die Religion gebunden erachte, und das sei allein beim theokratischen und (begrenzt) bei einem „religiös orientierten“ Staat der Fall (S. 59/60). Im weltlichen Staat der Gegenwart müsse der Eid jeden Sinn verlieren. Das Institut des Eides stehe in unaufhebbarem Wesenswiderspruch zur weltlichen Natur des Staates, „der jede höhere Verantwortung und Rechenschaft fremd ist ... Der heutige Staat kennt den Begriff der Verantwortung nur im rein formalen Sinne.“ Alle modernen Staaten, wie immer ihre Staatsform beschaffen sein mag, stimmen darin überein, „daß sie sich selbst genug sind und keine höhere Verantwortung kennen als das eigene Interesse und den Druck einiger politisch mächtiger Faktoren“ (S. 58 ff.).

Diese Sätze fordern entschiedenen Widerspruch heraus. Indem Verf. dem heutigen Staat ein religions- und verantwortungsfremdes Machtwesen (dem juristische Formung zuteil geworden sei und im Wege selbstherrlicher Gesetzgebung immer neu zuteil wird) supponiert, wird er selbst ein Opfer des von ihm vordem abgelehnten positivistischen Logizismus. Wir schreiben nicht mehr 1890. Nicht als ob der deutsche Staat seitdem ein in seinem Grundwesen anderer geworden wäre. Unsere Staatserkenntnis hat entscheidende Fortschritte gemacht. Wir wissen heute: Der Staat ist eine Realität eigener Art und Wesensgesetzlichkeit, die auch für den Gesetzgeber verbindlich ist (wobei es sich um mehr und anderes handelt als ein Beruhen der staatlichen Rechtsordnung „auf dem Wertsysteme einer bestimmten Weltanschauung“, so Gerber, Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates, 1930, S. 4). Mag auch das weltanschauliche Gesamtbild der Volksgemeinschaft durch einen Pluralismus einander widerstreitender Ideologien zersetzt sein, all das ruht (und wird im Strom politischer Diskussionen bewegt) auf dem, solange der Staat ist, tragfesten Grunde einer Gesamthaltung der Rechtsgemeinschaft, wie sie allein einem religiös fundierten Personeinsatz aller Rechtsgenossen zu entspringen vermag. Ein Staat, dessen Repräsentanten jede religiöse Bindung negieren, ist gefährdet. Aber entscheidend ist hier wie überall nicht die politische Deklaration, sondern das, was an konstitutiver Staatsgesinnung wahrhaft ist. Der Kampf gegen die kirchlich manifestierte Religion kann selbst ein letztlich religiös verwurzeltes Handeln des in der Zielsetzung abirrenden Kämpfers darstellen. Unsere Zeit bietet dafür Beispiele. Ein Staat aber, der „sich von jeder höheren Verantwortung lossagt“, zerstört seinen Wesensgrund: eine nichtige Rechtsgemeinschaft.

Mit der Prämisse fällt die Folgerung. Am Gerichtseid wird auch für die Zukunft festzuhalten sein. Die Reform wird auch nicht in der Richtung der Vorschläge des RJM. und der Beschlüsse des 21. Ausschusses des RT. aus dem Jahre 1929 gehen dürfen, die neben die Eidesleistung eine strafrechtlich minder sanktionierte „Bekräftigung“ oder „Versicherung“ setzen wollten. Die „Einführung einer abgestuften Wahrheitspflicht“ ist durchaus abzulehnen; so mit Recht Loewenthal S. 61; vgl. ferner Hegler a. a. O. S. 29 ff., Püschel a. a. O. S. 726 ff. (Diese Frage ist wohl inzwischen auf Grund der letzten Beschlüsse des Strafrechtsausschusses des vorigen RT. als erledigt anzusehen; Jonas: JW. 1930, 3298). Das Reformziel kann nur das sein, dem Gerichtseid seinen echten religiösen Sinn und die beweisrechtliche Bedeutung dadurch zurückzugewinnen, daß man von ihm einen wesentlich sparsameren Gebrauch macht und so den alltäglich-geschäftsmäßigen Eindruck der Eidesabnahme zerstört. Ob man auch den weiteren Schritt gehen und nach österr. Vorbild den Parteieid zugunsten einer (regelmäßig uneidlichen) Vernehmung der Parteien preisgeben soll, wie das von zahlreichen Schriftstellern, auch von Sperl und Püschel a. a. O. vorgeschlagen worden und jetzt im Referentenentwurf einer ZPO. von 1931 vorgesehen ist, darüber kann man verschiedener Meinung sein. Verf. spricht sich dagegen aus (S. 66). Es bestehen hier in der Tat starke Bedenken, auf die ich schon unlängst hingewiesen habe (Judicium 2, 363 ff.). Aber dies ist nicht der Ort, sich mit einzelnen Fragen der Eidesreform auseinanderzusetzen.

Die vorliegende Schrift stellt es auf das Grundsätzliche ab. Sie ist deshalb, obwohl ihr Erscheinen bereits zwei Jahre zurückliegt, im Kern nicht veraltet. Der Leser sieht sich in wesentlichen Punkten zur Opposition gedrängt. Eben das macht die Schrift zu einer anregenden. Verf. sieht die Dinge mit seinen eigenen Augen. Seine Eindrücke aus der gerichtlichen Praxis sind erste Eindrücke; es haften ihnen alle Vorzüge und Nachteile des ersten Blickes eines scharfen Beobachters an, der, was er neu erlebt hat, gegen alte Erfahrung in die Wagschale wirft. Diese Dissertation atmet jedenfalls nicht die verbrauchte Atmosphäre so zahlreicher Dissertationen, die durch Ausbreitung richtiger Gedanken aus zweiter und dritter Hand langweilen und nur als Materialsammlungen zu gebrauchen sind. Es ist eine interessante Abhandlung, die uns Loewenthal vorlegt. Man legt sie um eine neue Problemsicht bereichert aus der Hand.

Prof. Dr. Gerhart Husserl, Kiel.

Böhme-Lorey: Sächs. Stempelsteuergesetz in der Fassung der Notverordnung vom 5. August 1930. Nebst den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Zweite Auflage. Leipzig 1931. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung. 658 Seiten. Preis 24 ℳ.

Die erste Auflage dieses Komm. z. SächsStempStG. v. 12. Jan. 1909 ist in zwei Bänden i. J. 1910 und 1911 erschienen. Sie ist alsbald das unentbehrliche Hilfsmittel der sächs. Notare geworden und geblieben, trotzdem sie teilweise veraltete und vom Fortschreiten der Verwaltungspraxis und Rspr. überholt wurde. Überdies war sie seit längerer Zeit vergriffen.

Deshalb begrüßt das Sächs. Notariat die zweite Auflage mit Freude.

Die Neubearbeitung des durch die sächs. NotVO. v. 5. Aug. 1930 wesentlich abgeänderten StempStG. hat neben dem ursprünglichen Mitverfasser MinDir. Lorey der RegAss. Dr. Bretschneider vorgenommen.

Angenehm berührt die Einschränkung des Umfangs von früher 1300 Seiten in zwei Bänden auf die Hälfte in einem Bande. Überholtes ist ausgeschaltet. Die neueste Rspr., die, weil nicht veröffentlicht, dem Praktiker nicht zugänglich ist, ist berücksichtigt.

Das Sächs. Notariat ist den Bearbeitern dankbar, und hat diesen Dank in Nr. 9 der Mitteilungen des Sächs. Notarvereins (Schriftleitung JR. Dr. Lehmann in Dresden) zum besonderen Ausdruck gebracht und das Buch zur schleunigen Anschaffung empfohlen.

JR. Schatz, Leipzig.

Tabelle der Rechtsanwaltsgebühren und Gerichtskosten, der preußischen Gerichtskosten und Notariatsgebühren, Notabgabe der Notare mit einer Übersicht über das Kostenwesen und Umsatzsteuertabelle. Herausgegeben von der Hans-Soldan-Stiftung. Verfaßt von Dr. **Leon Rothkugel,** Rechtsanwalt und Notar. Zwölfte, neubearbeitete Auflage. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 1,20 ℳ.

Die 12. Aufl. bringt das Werk wieder auf den neuesten Stand der Gesetzgebung, insbes. sind das preuß. Gesetz über die Notabgabe der Notare und die Bestimmungen der NotVO. v. 6. Okt. 1931, betreffend die RAGebühren in Armensachen, eingearbeitet. Hervorzuheben ist die Gegenüberstellung der Armenanwaltsgebühren nach dem Gesetz v. 28. Dez. 1928, der VO. v. 1. Dez. 1930 und der NotVO. v. 6. Okt. 1931. D. S.

Gebührenordnung für Notare, Landesgebührenordnung für Rechtsanwälte, Stempelsteuergesetz mit Tarif. Mit Einleitung, Verweisungen, Gebührentabelle und Sachregister. Herausgegeben von Dr. **Leon Rothkugel.** 2., neubearb. Auflage. Berlin 1931. Georg Stilke. 107 und 9 Seiten. Preis 3,50 ℳ.

Neben einer kurzen Einleitung, die die Entstehungsgeschichte der abgedruckten Gesetze skizziert, enthält die Ausgabe die berichtigte Ausgabe der im Titel genannten Gesetze. In einem Nachtrag ist die durch NotVO. v. 12. Sept. 1931 eingeführte Gebührenabgabe der Notare durch Abdruck der Ausführungsvorschriften v. 23. Sept. 1931 (JMBl. 306) erläutert. D. S.

Reichsgerichtsrat Dr. **Warneyer**, Leipzig: **Systematisches Gesamtregister** zu Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts. Jahrgang 1—22 (1908—1930). Leipzig. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Preis 18,— *M.*, geb. 20 *M.*

Die Übersicht über „Warneyers Rspr. des RG.“ f. d. J. 1908 bis 1930, die das Gesamtregister bringt, ist nach einzelnen Gesetzen in der Paragraphenfolge geordnet.

Das Werk füllt eine merklich empfundene Lücke im rechtswissenschaftlichen Schrifttum aus und bildet das wertvolle Gegenstück zum Generalregister der Amtl. Samml. Es ist nicht nur dem Benutzer von Warneyers Rspr. des RG. nahezu unentbehrlich, sondern auch für alle, die diese Sammlung nicht besitzen, ein ausgezeichnetes Hilfsmittel, um sich über die Rspr. des RG. in den letzten 23 Jahren zu unterrichten.

Anerkennung verdient auch die mühevolle, sorgfältige Arbeit, die zur Zusammenstellung des Inhalts von fast 7000 RGEntsch. erforderlich war.

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

I. Zivilprozeßordnung.

1. Gerichtsverfassungsgesetz.

1. §§ 59 ff. ZPO.; §§ 2058, 2059 BGB. Rechtsmittel und Rechtskraft bei notwendiger Streitgenossenschaft. †)

Das LG. hat festgestellt, daß die — mit den Bekl. verschwisterte — Ehefrau des Kl. gegenüber diesen pflichtteilsberechtigt an dem Nachlaß ihrer Eltern ist. Über die Zahlungsklage, die einen Teilbetrag der Pflichtteilsforderung von 1000 *RM* zum Gegenstand hat, wurde noch nicht entschieden. Das BG. beurteilt die Klage nicht als Gesamtschuldklage (§ 2058 BGB.), sondern als Gesamthandsklage (§ 2059 Abs. 2 BGB.), und es nimmt an, daß durch sie das Verhältnis notwendiger Streitgenossenschaft unter den Bekl. begründet worden sei.

Diese Auffassung ist rechtlich unbedenklich.

Das landgerichtliche Teilurteil ist dem Kl. von den Bekl. zu 1 und 2 am 21. Okt. 1929 zugestellt worden. Diese Zustellung setzte die Rechtsmittelfrist nur für die Bekl. zu 1 und 2, nicht für die übrigen Bekl., in Lauf. Sie lief daher nur für jene Bekl. mit dem 21. Nov. 1929 ab (RG. 48, 417). Die Bekl. zu 1 und 2 haben keine Berufung eingelegt.

Da eine weitere Zustellung des Urt. erster Instanz — — also weder eine solche von den Bekl. zu 3—4 an den Kl. noch von ihm an sie — erfolgt ist, so sind die BerFristen bez. der Bekl. zu 3—4 vor Ablauf von fünf Monaten nach der am 5. Okt. 1929 erfolgten Verkündung des Urteils erster Instanz nicht in Lauf gesetzt worden. Vor Beginn dieser bis 5. April 1930 laufenden Berufungsfristen, nämlich am 19. Febr. 1930, hat der Bekl. zu 4 Berufung eingelegt, während auch der Bekl. zu 3 von dem Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht hat.

Zutreffend hat der BerR. angenommen, daß die Berufungseinlegung des Bekl. zu 4 nicht für die Bekl. zu 1 und 2 wirke, weil eine Vertretung der säumigen Streitgenossen durch die nicht säumigen nur insoweit stattfinde, als für die säumigen die Rechtsmittelfrist nicht bereits abgelaufen sei. Dagegen meint er, daß die Einlegung der Berufung durch den Bekl. zu 4 auch für den Bekl. zu 3 gewirkt habe, da für ihn die Rechtsmittelfrist am 19. Febr. 1930 noch nicht abgelaufen gewesen sei. Dem Umstande, daß sie damals noch nicht eröffnet war, mißt er keine Bedeutung bei, da die Berufung auch vor Beginn der Rechtsmittelfrist wirksam eingelegt werden könne. Gleichwohl sind die Rechtsmittel der Bekl. zu 3 und 4 zurückgewiesen mit der Begründung, daß die Rechtskraft des Urteils gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 eine abändernde Entscheidung hindere, weil über das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich entschieden werden könne.

Zunächst ist dem Ausgangspunkt des BerR. beizutreten.

Der Bekl. zu 3 hat die Rechtsmittelfrist — deren Lauf sich mit derjenigen, die gegen den Bekl. zu 4 lief, deckte — versäumt. Durch die rechtzeitig eingelegte Berufung des Bekl. zu 4 wurde er wirksam vertreten, weil es nicht von Bedeutung ist, daß, als der Bekl. zu 4 Berufung einlegte, die Berufungsfrist für beide noch nicht zu laufen begonnen hatte. Die Entsch. des erk. Sen. IV 195/27 v. 10. Okt. 1927 steht dem nicht entgegen. Denn der dort entschiedene Fall lag anders. Dort lief für die Kl. zu 3, 4, 5 die Revisionsfrist am 4. April 1927 ab, während sie für den Kl. zu 2 erst am 12. Juni 1927 begann. Der Kl. zu 2 wurde daher deshalb als von den übrigen Kl. nicht vertreten angesehen,

---

Zu 1. 1. Die erste Frage, zu der das Urt. Anlaß gibt, ist die, ob überhaupt auf der Beklagtenseite eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt. Es klagt eine Tochter der Erblasser gegen ihre vier Brüder auf Feststellung ihres Pflichtteilsrechts und auf Zahlung eines Teils der Pflichtteilsforderung. Das BG. und das RG. nehmen an, daß eine Gesamthandsklage gem. § 2059 Abs. 2 BGB. vorliege; das BG. folgert daraus, daß unter den Bekl. notwendige Streitgenossenschaft bestehe, und das RG. fügt hinzu, diese Auffassung werde von der Rev. nicht angegriffen, sei auch rechtlich unbedenklich. Im weiteren Verlauf des Urteils aber zeigen sich Meinungsverschiedenheiten über den Grund der notwendigen Streitgenossenschaft zwischen dem BG. und dem RG. Das BG. nimmt an, es liege der erste Fall von § 62 ZPO. vor, daß das Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne. Das RG. tritt insoweit dem BerR. nicht bei und meint, bei der Gesamthandsklage sei die Streitgenossenschaft deshalb eine notwendige, weil die Klage eines einzelnen Mitberechtigten oder gegen den einzelnen Mitverpflichteten in der Regel mangels Sachlegitimation abzuweisen ist, entscheidet sich demnach für den zweiten Fall von § 62 ZPO.

M. E. verdient die Auffassung des BG. den Vorzug. Nur für Aktivprozesse der gesamten Hand gilt der Satz, daß, soweit nicht §§ 432, 2039 BGB. oder die Analogie dieser Vorschriften eingreifen, nur sämtliche Gesamthänder zusammen prozeßführungsbefugt sind und daher die Klage eines einzelnen als unzulässig abzuweisen ist. Für Passivprozesse gilt das nicht (L. Rosenberg, Lehrb. d. dtsch. ZivProzR.³, § 95 II 2 b a. E. S. 317). Leistungsklagen können gegen jeden einzelnen Gesamthänder erhoben werden, selbst wenn die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut einen Titel gegen alle voraussetzt, da dieser Titel kein einheitlicher zu sein braucht (RG. 68, 221/23 = JW. 1908, 336; 71, 371 = JW. 1909, 490). Und Feststellungsklagen sind überhaupt nur gegen den Gesamthänder zulässig, in dessen Person die Voraussetzungen von § 256 ZPO. zutreffen. Es kann daher gar keine Rede davon sein, daß die Klage auf Feststellung des Pflichtteilsrechts, die in dem vorl. Urt. allein behandelt wird, nur gegen alle vier Erben hätte erhoben und die Klage gegen einen Erben als unzulässig hätte abgewiesen werden müssen, wie das RG. meint. Umgekehrt: hätten nur zwei Erben das Pflichtteilsrecht der Kl. bestritten, so wäre die Feststellungsklage nur gegen sie, nicht auch gegen die beiden anderen Erben gem. § 256 ZPO. zulässig gewesen.

Die Annahme der notwendigen Streitgenossenschaft unter den Bekl. rechtfertigt sich aber aus der Erwägung, daß das Pflichtteilsrecht der Kl. allen Erben gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann. Für die gleichzeitig erhobene und noch nicht entschiedene Klage auf einen Teilbetrag der Pflichtteilsforderung trifft diese Begründung jedoch nicht zu. Für sie besteht unter den Bekl. keine notwendige Streitgenossenschaft, obwohl auch insoweit eine Gesamthandsklage vorliegt. Jeder Erbe hätte auf Zahlung der 1000 *RM* allein verklagt werden können, die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung besteht

weil er innerhalb der für diese laufenden Revisionsfrist keine Frist zu wahren hatte und daher nicht säumig war. Das liegt hier insofern anders, als der Bekl. zu 3 während der gegen den Bekl. zu 4 laufenden Berufungsfrist allerdings säumig war, wenn er es auch, als die Einlegung der Berufung erfolgte, noch nicht war, weil er damals noch keine Frist zu wahren brauchte. Das Entscheidende ist aber, ob der bei Einlegung der Berufung des Streitgenossen vorliegende Mangel der Säumnis während des ganzen Laufs der Berufungsfrist des Streitgenossen fortdauert. Ist das, wie hier, nicht der Fall, ist vielmehr während des Laufs der Berufungsfrist des Mitgenossen die Säumnis insofern eingetreten, als während dieses Laufs auch die eigene Berufungsfrist des Säumigen begann, so ist er durch die Einlegung der Berufung des Mitgenossen wirksam vertreten.

Es kommt daher darauf an, ob die Berufungen mit Recht als unbegründet zurückgewiesen sind. Insoweit ist dem BerR. darin nicht beizutreten, daß das Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden konnte. Die Streitgenossenschaft ist bei der Gesamthandklage vielmehr deshalb eine notwendige, weil die Klage eines einzelnen Mitberechtigten oder gegen den einzelnen Mitverpflichteten in der Regel mangels Sachlegitimation abzuweisen ist (Stein-Jonas, 14. Aufl., § 62a 44). Wie daher ein die Klage mehrerer Mitberechtigter abweisendes Sachurteil nicht isoliert von dem einzelnen angefochten werden kann, wenn die Fristen für die übrigen abgelaufen sind, so kann das zulässigerweise eingelegte Rechtsmittel eines mitverpflichteten Streitgenossen nicht von Erfolg sein, wenn das Urteil gegenüber den übrigen Mitverpflichteten schon rechtskräftig ist. Die Rev. bestreitet dies. Sie meint, die Rechtskraft des BU. habe nicht vor Ablauf der am längsten laufenden Rechtsmittelfrist eintreten können.

Dem liegt ein gesunder, aber nur de lege ferenda beachtlicher Gedanke zugrunde. Nach der derzeitigen Gesetzeslage ist indes die getrennt zu beurteilende Rechtskraft eine unausweichliche Folge des Grundsatzes, daß für jeden Streitgenossen die Rechtsmittelfristen gesondert laufen (RG. 48, 417). Die Rechtskraft gegenüber dem einzelnen kann daher nicht dadurch aufgehalten werden, daß dem anderen noch die Berufung offen steht. Prozessual ist diese zwar wirksam, aber es hängt von dem materiellen Recht ab, welche Bedeutung der Umstand hat, daß das Rechtsmittel nur von einem einzelnen Streitgenossen eingelegt ist. Nach § 2059 Abs. 2 BGB. besteht die Notwendigkeit gemeinsamen Handelns d. h. einheitlicher Rechtsausübung. Der notwendig gegen mehrere Mitverpflichtete begonnene Prozeß kann nur einheitlich weitergeführt werden. Rechtsmittel können daher auch nur gegen alle oder von allen erhoben werden. Wirkt das Rechtsmittel nicht für alle, und das kann es hier nicht, weil das Urteil gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 rechtskräftig ist, kann es auch nicht dem einzelnen zum Erfolg verhelfen. Es fehlt ihm die notwendige materielle Rechtsgrundlage, daß die Mitverpflichteten nur gemeinsam zur Sache legitimiert sind.

(U. v. 15. Juni 1931; 374/30 IV. — Stettin.) [Ka.]

2. § 212a ZPO.; § 831 Satz 2 BGB.

1. Bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist die Zustellung erst bewirkt, wenn der Anwalt vom erlangten Gewahrsam an dem Urteil Kenntnis erhält.

2. Es liegt ein Fehler der Organisation vor, wenn nicht dafür gesorgt ist, daß beim eiligen Schieben eines hochbeladenen Postkarrens auf einem verkehrsreichen, stellenweise beengten Bahnsteig ein zweiter, vor dem Karren hergehender Begleiter jeden im Weg stehenden Reisenden auf die Gefahr hinweisen kann. †)

Das BG. führt aus:

Auch wenn die Zustellung des Urteils schon am 16. April

---

nicht, die Klage gegen den einen Erben kann Erfolg haben und gegen den anderen abgewiesen werden.

2. Viel wichtiger aber ist die zweite, in dem Urteil entschiedene Frage, nämlich die Frage nach den Folgen, die sich ergeben, wenn das Urteil nur von einzelnen notwendigen Streitgenossen zugestellt wird und die zustellenden Genossen die Rechtsmittelfrist versäumen. Das Teilurteil über den Feststellungsantrag, das zugunsten der Kl. ergangen war, hatten die Bekl. zu 1 und 2 am 21. Okt. 1929 zustellen lassen und die mit dem 21. Nov. ablaufende Berufungsfrist versäumt. Zwischen der Kl. und den Bekl. zu 3 und 4 war das Urteil nicht zugestellt worden; die mit dem Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung beginnende Berufungsfrist (§ 516 Abs. 2 ZPO.) lief am 5. April 1930 ab. Vorher, am 19. Febr. 1930, hat der Bekl. zu 4 Berufung eingelegt, während der Bekl. zu 3 von dem Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht, sich aber an der Berufungsverhandlung beteiligt hat. BG. und RG. vertreten den Standpunkt, daß die Berufungseinlegung durch den Bekl. zu 4 die Rechtsmittelfrist für den Bekl. zu 3 gewahrt habe, nicht aber für die Bekl. zu 1 und 2, denen gegenüber das Urteil mit dem Ablauf des 21. Nov. 1929 rechtskräftig geworden sei; aus dieser Rechtskraft in Verbindung mit der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung über den Feststellungsantrag ergebe sich, daß die Berufung als unbegründet abzuweisen sei.

Richtig ist jedenfalls der Ausgangspunkt, daß die Zustellung des Urteils durch die Bekl. zu 1 und 2 nur ihnen gegenüber wirkt und die Rechtsmittelfrist im Verhältnis zu den Bekl. zu 3 und 4 nicht in Lauf setzt. Das entspricht dem Urteil der VerZivSen.: RG. 48, 417 und wird heute allgemein gelehrt. Infolgedessen ist die Meinung, daß die Zustellung durch die Bekl. zu 1 und 2 das Urteil nicht auch gegenüber den Bekl. zu 3 und 4 habe rechtskräftig werden lassen, und daß die rechtzeitige Einlegung der Berufung durch den Bekl. zu 4 auch zugunsten des Bekl. zu 3 wirke (§ 62 ZPO), zutreffend. Richtig ist auch, daß, wenn das Urteil den Bekl. zu 1 und 2 gegenüber rechtskräftig geworden ist, die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung dazu führt, die Berufung der Bekl. zu 3 und 4 als unbegründet abzuweisen, da einer Aufhebung des angefochtenen Urteils die Rechtskraft entgegenstehen würde.

In der sonach entscheidenden Frage, ob gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 das Urteil rechtskräftig werden konnte, obwohl die Bekl. zu 3 und 4 noch die Möglichkeit der Berufungseinlegung hatten, kann ich dem RG. nicht zustimmen. Das RG. gibt eigentlich keine Begründung dafür; es folgert die Rechtskraft gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 nur daraus, daß die Rechtsmittelfristen für jeden Streitgenossen von der durch oder an ihn bewirkten Zustellung gesondert laufen, und hält die Meinung der Rev., daß die Rechtskraft nicht vor Ablauf der am längsten laufenden Rechtsmittelfrist habe eintreten können, zwar für einen gesunden, aber nur de lege ferenda beachtlichen Gedanken. Nach m. A. ist dieser Gedanke schon heute geltendes Recht und wird von mir — soweit ich sehe, allerdings von mir allein — in meinem Lehrb. d. ZivProzR.[3], § 95 III 4 a. E. S. 321 vorgetragen. Er steht mit dem Wortlaut von § 62 ZPO. und vor allem mit dem Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft in Übereinstimmung. Denn § 62 sowohl wie namentlich alle Ergänzungen dieser anerkannt unzureichenden Vorschrift ergeben sich aus der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses. Diese führt dazu, daß Versäumnisse einzelner Streitgenossen selbst diesen gegenüber keine Folgen haben, wenn nur ein Teil der Genossen fleißig war, und daß auch Handlungen einzelner Genossen, wie z. B. Geständnis, Verzicht, Anerkenntnis usf., so lange ohne Wirkung sind, als andere Genossen eine anders gerichtete Handlung vornehmen. Für die Entsch. der VerZivSen.: RG. 48, 417 war u. a. die Erwägung maßgebend, daß es (bei der Zustellung eines den Streitgenossen ungünstigen Urteils durch nur einzelne von ihnen) „als die größte Unbilligkeit erscheinen würde, wenn die von einem bewirkte Zustellung auch in Ansehung der übrigen Wirkung haben sollte, die vielleicht von der geschehenen Urteilszustellung nichts erfahren hätten und daher die von dieser an zu berechnende Rechtsmittelfrist ungenutzt hätten verstreichen lassen" (S. 420/21). Deshalb haben es die VerZivSen. mit Recht abgelehnt, die von oder gegenüber einzelnen notwendigen Streitgenossen bewirkten Zustellungen auch gegenüber den anderen wirken zu lassen. Aber der dadurch diesen anderen gewährte Schutz wird vollkommen beseitigt, wenn nunmehr, wie es in der vorliegenden Entsch. geschieht, angenommen wird, daß das zugestellte Urteil gegenüber den Streitgenossen, von denen es zugestellt ist, rechtskräftig wird und daß die Rechtskraft infolge der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses eine Abänderung des Urteils zugunsten der übrigen Streitgenossen, die rechtzeitig Berufung oder Rev. einlegen, verhindert. Aus der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung muß vielmehr folgen, daß trotz Ablaufs der Rechtsmittelfrist gegenüber den zustellenden Streitgenossen der Eintritt der formellen Rechtskraft ihnen gegenüber so lange in der Schwebe bleibt, als noch dem einen oder anderen Streitgenossen die Rechtsmittelfrist läuft, und daß die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels durch einen Genossen gem. § 62 ZPO. auch zugunsten der anderen wirkt.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Zu 2. Die auf dem Bahnsteig verkehrenden mit der Hand oder motorischer Kraft betriebenen Wagen der Post bilden, insbes. bei starkem Verkehr, eine Gefahr für die auf dem Bahnsteig befindlichen Reisenden. Für Unfälle, die sich bei dem Betrieb dieser Wagen er-

1928 erfolgt sei, so sei die Einreichung des Armenrechtsgesuchs v. 12. Mai am 14. Mai 1928 bei der ganzen Sachlage, insbes. dem Bildungsgrad des Kl. und der Schwierigkeit seiner Rechtslage nicht für so verspätet zu erachten, um ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu versagen.

Die Vorschriften der RVO. ständen dem Anspruche nicht entgegen, da die Unfallrente den geltend gemachten Teil des Schadens nicht decke.

Der Kl. sei durch den Postwagen angefahren worden und dadurch zu Schaden gekommen. Ihn treffe kein mitwirkendes Verschulden, weil er die Warnungsrufe wegen des starken Verkehrsgetriebes überhört habe.

Der Bekl. habe den Entlastungsbeweis aus § 831 Satz 2 BGB. nicht geführt, daß ihre berufenen Vertreter oder die diesem übergeordneten Organe bei Beaufsichtigung und Leitung der die Postwagen bedienenden Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätten. Denn es hätte ihnen nicht entgehen dürfen, daß zu besagter Stunde regelmäßig der Postwagen wegen der knappen Zeit und des langen Wegs von einem Zug zum andern in großer Eile durch den um diese Zeit dicht gefüllten Bahnsteig habe geschoben werden müssen. Eine Gefährdung der Reisenden hätte schon dadurch nahezu ausgeschlossen werden können, daß ein zweiter Begleiter dem Postwagen beigegeben worden wäre, der die Reisenden nötigenfalls schützen könnte. Da es sich hierbei nur um kurze Zeiten starken Verkehrs handele, könne eine solche Maßnahme den Beklagten nicht übermäßig belasten.

Zwar ist der Rev. zuzugeben, daß der Anwalt, der den Kl. im Armenrechtsverfahren vertreten hat, das Armenrechtsgesuch bei Gericht nicht so spät hätte einreichen dürfen, daß er mit einer rechtzeitigen Erledigung vor Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr rechnen konnte. Das aber wäre der Fall, wenn die Zustellung des Urteils tatsächlich, wie das BG. unterstellt, am 16. April erfolgt wäre. Daher war erforderlich, die Zustellung des landgerichtlichen Urteils und damit den Ablauf der Berufungsfrist genau festzustellen. Bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist die Zustellung erst bewirkt, wenn der Anwalt vom erlangten Gewahrsam des Urteils Kenntnis erhält (RG. 8, 332; 98, 243; 109, 343). Auf Grund der Aussage des Bürovorstehers S. und des schriftlichen Empfangsbekenntnisses des RA. K. ist demnach als der Tag der Zustellung der 18. April und dementsprechend als der Tag des Ablaufs der Berufungsfrist der 18. Mai 1930 festzustellen. Dann aber ist das Armenrechtsgesuch noch am fünften Tag vor Ablauf der Berufungsfrist eingegangen und unter den gegebenen Verhältnissen der Zeitraum gerade noch für ausreichend zu erachten, um mit einer rechtzeitigen Erledigung des Gesuchs rechnen zu dürfen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist ist daher zu Recht erteilt worden.

Die Rev. rügt weiter Verletzung des § 831 BGB. Zuzugeben ist ihr, daß eine Leitung der Beamten i. S. des § 831 BGB., also persönliche Anwesenheit des Leiters bei jeder einzelnen Arbeitsleistung, bei der einfachen Verrichtung des Schiebens einer Postkarre nicht erforderlich erscheint, ebenso auch keine dauernde Beaufsichtigung der Beamten. Ein solches Verlangen stellt das BG. aber auch nicht. Es scheint, der Vorsteher des Postamts, für den die Bekl. nach §§ 89, 31 BGB. einzutreten hat, habe die Mißstände erkennen und abstellen müssen, die sich täglich erneuerten, wenn zu der bestimmten Stunde der Postkarren eilig durch den verkehrsreichen, stellenweise beengten Bahnsteig geschoben werden mußte. Dabei lag der Mißstand nicht sowohl nur darin, daß ein vollbeladener Karren dem Beamten die Aussicht nehmen konnte, sondern schon darin, daß die Reisenden im Lärm und Getriebe des Bahnsteigs durch einen hinter dem Karren herschreitenden Beamten nicht vernehmlich genug gewarnt werden konnten und daher ein zweiter vor dem Karren hergehender Begleiter erforderlich erscheinen mußte, um schnell und eindringlich jedem im Wege stehenden Reisenden auf die Gefahr hinweisen zu können. Das BG. vermißt also die Betätigung der Pflicht zu allgemeiner Überwachung, der Pflicht, nach dem Rechten zu sehen und dabei zutage tretende Mißstände durch Organisation abzustellen, und erblickt hierin mangelnde Sorgfalt des leitenden Beamten, nicht aber nur ein Versagen der Unterbeamten, denen die Dienstverrichtung und -überwachung auf dem Bahnsteig anvertraut war. Der Nachweis der Betätigung der allgemeinen Überwachungspflicht ist in die Entlastungspflicht aus § 831 BGB. eingeschlossen. In den Ausführungen des BG. liegt daher kein Rechtsirrtum.

(U. v. 16. Mai 1931; 321/30 IX. — Dresden.) [H.]

3. § 233 ZPO. **Wenn dem Anwalt, der das Öffnen der Post einem Angestellten überlassen hat, eine Urteilsausfertigung vorgelegt wird, muß er sich darum kümmern, ob sie ihm auf Bestellung hin vom Gericht übersandt oder ob sie nicht etwa im Wege der Zustellung an ihn gelangt ist.**†)

Das die Ehe der Parteien für nichtig erklärende Urteil des LG. v. 4. Febr. 1931 ist dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl., RA. Dr. S., am 4. März 1931 von Amts wegen zugestellt. Mit Gesuch vom 16., eingeg. beim BG. am 17. April 1931, beantragt Bekl., ihm die Wiedereinsetzung i. d. v. St. gegen die Versäumung der BerFrist zu bewilligen und zugleich Ber. eingelegt. Das BG. hat die Wiedereinsetzung versagt und die Ber. als unzulässig verworfen. Die Beschw. wurde zurückgewiesen.

Nach dem Vortrag des Bekl. hat sein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz, RA. Dr. S., die Zustellung des Urteils übersehen; S. habe sich mehrfach fernmündlich an das LG. gewendet, um baldmöglichst eine Ausfertigung des Urteils in vollständiger Form zu erlangen; als ihm dann am 4. März 1931 zusammen mit der übrigen Post eine vollständige Urteilsausfertigung vorgelegt worden sei, habe er angenommen, daß das Schriftstück die von ihm erbetene Ausfertigung in vollständiger Form sei; ein Zustellungsvermerk sei auf der Urteilsausfertigung nicht ersichtlich gewesen; ein Briefumschlag mit dem Zustellungsvermerk des Postboten sei ihm nicht vorgelegt worden; aus welchen Gründen dies unterblieben sei, lasse sich nicht mehr feststellen. S. sei — so hat der Bekl. weiter geltend gemacht — von der Annahme ausgegangen, daß bei Zustellungen üblicherweise die abgekürzte Urteilsform gewählt werde.

Das BG. hat diese Gründe nicht für geeignet angesehen, die Wiedereinsetzung nach § 233 ZPO. zu rechtfertigen.

Bei der Beurteilung seines Wiedereinsetzungsbegehrens

---

eignen, ist eine Haftung der **Bahn** nach den Bestimmungen des HaftpflG. nicht gegeben (vgl. RG.: RGWarn. 1908 Nr. 184). Im vorliegenden Falle ist der gegen den Postfiskus geltend gemachte Schadensersatzanspruch mit Recht bejaht worden, und zwar mit der Begründung, daß der Vorsteher des Postamtes, für den die Post nach §§ 89, 31 BGB. hafte, die Pflicht der allgemeinen Überwachung, insbes. zur Abstellung von organisatorischen Mißständen, verletzt habe. Daraus folgt die Haftung nach § 823 BGB. i. Verb. m. §§ 89, 31 BGB. Nicht erkennbar ist jedoch, was der Hinweis am Schluß auf die Entlastungspflicht nach § 831 besagen soll. Denn es handelt sich hier nicht um die Leitung einer bestimmten Verrichtung i. S. des § 831, sondern um die Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht, was für die Beweislast von Wichtigkeit ist.

RA. Dr. Franz Seligsohn, Berlin.

Zu 3. Man wird die obige Entsch. weder mit zwingenden Gründen widerlegen noch anerkennen können, daß sie selbst zwingend begründet sei. Die Gesichtspunkte, die der Bekl. für die Wiedereinsetzung ins Feld führte, hätten sehr wohl für eine mildere Auffassung und für die Annahme eines besonders gelagerten Falles verwertet werden können. Auf welchen der beiden Standpunkte man sich in einem solchen Falle stellt, das hängt letzten Endes von dem Grade der grundsätzlichen Abneigung gegen die Versagung von Rechtsmitteln aus formalen Gründen ab.

Für die Anwaltschaft bedeutet die Entsch. eine neue Mahnung zur Vorsicht. Die Kollegen, die überhaupt allgemein die Öffnung der Postsachen ihren Angestellten überlassen oder gestatten, werden mindestens die vom RG. angedeutete Anordnung treffen müssen, daß „der Angestellte sogleich beim Öffnen und Herausnehmen der Briefstücke die Zeit des Eingangs und die Art der Übermittlung darauf vermerke". Sie werden es sich aber überlegen müssen, ob sie nicht an Stelle dieser vom RG. **noch nicht unbedingt** als entlastend bezeichneten Anordnung dazu übergehen sollen, die Öffnung der Postsachen oder wenigstens der Zustellungsbriefe den Büroangestellten in Zukunft für den Regelfall zu untersagen.

RA. Dr. Friedlaender, München.

muß sich der Bekl. ein Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten erster Instanz gemäß § 232 Abs. 2 ZPO. wie ein eigenes Verschulden anrechnen lassen. Seinem Antrag hätte deshalb nur dann stattgegeben werden können, wenn der Prozeßbevollmächtigte das Hindernis für die Einhaltung der BerFrist durch Anwendung der nach Lage der Sache angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden äußersten Sorgfalt nicht hätte abwenden können. Daß dies der Fall wäre, hat das BG. mit Recht verneint. Der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. hat, wie dieser selbst vorträgt, die ihm im Wege förmlicher Zustellung zugegangene Urteilsausfertigung ohne weitere Prüfung so angesehen und behandelt, als wäre sie ihm von der Geschäftsstelle des LG. formlos übersandt worden, und zwar nur deshalb, weil sie keinen Zustellungsvermerk trug und auch der Briefumschlag, der den Vermerk des Zustellungstages aufweisen mußte (§§ 211, 212 ZPO.), ihm nicht vorlag, obwohl er in seinem Betriebe allgemein die Anordnung getroffen hatte, daß alle Umschläge mit Zustellungsvermerk dem zugestellten Schriftstücke angeheftet und ihm mit vorgelegt werden sollten. Ob diese allgemeine Anweisung allein genügte, um das Eintreten von Fällen der vorliegenden Art und eine Versäumung von Fristen mit den daraus für die Parteien folgenden sachlichen Nachteilen nach Möglichkeit auszuschließen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls hätte der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. die ihm ohne jeden Vermerk über die Art der Übermittelung vorgelegte Urteilsausfertigung nicht ohne weiteres als formlos behändigt hinnehmen dürfen. Wenn er schon das Öffnen der bei ihm eingehenden Postsachen einschließlich der Zustellungsbriefe einem seiner Angestellten überließ und auch nicht die Anordnung traf, daß der Angestellte sogleich beim Öffnen und Herausnehmen der Briefstücke die Zeit des Eingangs und die Art der Übermittelung darauf vermerkte, so hätte er doch bei der Vorlage der Urteilsausfertigung erwägen müssen, daß die Art der Übermittelung des Schriftstücks für das weitere Verfahren von wesentlicher Bedeutung sein konnte, und da die Ausfertigung selbst keinen Anhalt dafür bot, auf welche Weise sie in seinen Besitz gekommen war, dies durch Nachfrage bei seinen Angestellten, notfalls bei der Geschäftsstelle des Gerichts feststellen sollen. Die Möglichkeit, die Ausfertigung sei förmlich zugestellt, der Briefumschlag aber trotz jener allgemeinen Anweisung versehentlich nicht mit vorgelegt worden, lag so nahe, daß sich für den Anwalt die bezeichnete Erkundigung, durch die eine Versäumung ohne weiteres abgewendet werden konnte, keineswegs hätte erübrigen dürfen. Auch der Umstand, daß der Prozeßbevollmächtigte vorher bei der Geschäftsstelle wiederholt um die Erteilung einer vollständigen Urteilsausfertigung nachgesucht hatte, rechtfertigte nicht die Sorglosigkeit, mit der er die ihm vorgelegte Ausfertigung ohne jede Prüfung als formlos zugesandt hinnahm und die Möglichkeit förmlicher Zustellung gänzlich außer Betracht ließ. Allerdings genügt, auch soweit nach § 625 ZPO. von Amts wegen zuzustellen ist, für die Urteile erster Instanz die Zustellung einer abgekürzten Ausfertigung des Urteils, und diese Zustellung steht in den Wirkungen der Zustellung eines vollständigen Urteils gleich (§ 317 Abs. 2 ZPO.). Nachdem der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. aber selbst die Erteilung einer vollständigen Ausfertigung ohne Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe beantragt hatte, war es für die Geschäftsstelle der einfachste und deshalb zweckmäßigste Weg, die vollständige Ausfertigung sogleich förmlich zuzustellen. Selbst wenn sonst beim LG. die Üblichkeit bestand, zur Zustellung von Amts wegen in Ehesachen eine abgekürzte Urteilsausfertigung zu verwenden, so war im vorliegenden Fall eine Ausnahme doch so naheliegend, daß der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. sie nicht außer Betracht lassen durfte.

Der Umstand, daß der Bekl. in Afrika weilt und daß sein Anwalt nach Eingang der Urteilsausfertigung die Handakten an den Schwager des Bekl. sandte, vermag eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Die Versäumung der BerFrist beruht darauf, daß dem Prozeßbevollmächtigten bei der Empfangnahme der Urteilsausfertigung versehentlich die Zustellung entging und damit der Beginn des Laufs der BerFrist verborgen blieb. Weder die Abwesenheit des Bekl. noch die nachträgliche Versendung der Handakten sind für die Ursächlichkeit des Verhaltens des Prozeßbevollmächtigten, für das der Bekl. einzustehen hat, von irgendwelcher Bedeutung.

Bei dieser Sachlage kam es nicht darauf an, ob bei der Versäumung der BerFrist auch ein Versehen eines Kanzleiangestellten des ProzBev. mitgewirkt hat, und es bedarf im Hinblick auf die Handlungsweise des Anwalts selbst, welche die Annahme eines unabwendbaren Zufalls i. S. des § 233 ZPO. ausschließt, auch nicht der Prüfung, ob etwa der Partei selbst ein Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Die BerFrist ist versäumt. Die Voraussetzungen des § 233 ZPO. liegen nicht vor.

(Beschl. v. 22. Sept. 1931; VIII B 25/31. — Berlin.) [H.]

4. §§ 250, 554a ZPO.; §§ 1—3 AbgeltVO. vom 24. Okt. 1923. **Aufnahme des auf Grund § 1 VO. v. 24. Okt. 1923 ausgesetzten Verfahrens nach erfolgter Entscheidung des RFM. Nach Zustellung des Urteils von Anwalt zu Anwalt können diese nicht rechtswirksam vereinbaren, daß die Zustellung als nicht geschehen betrachtet werden soll. Die so getroffene Vereinbarung hindert nicht den Eintritt der Rechtskraft und die Berechtigung, diese geltend zu machen.**

Im Laufe des Revisionsverfahrens hat der erk. Sen. auf den Antrag des Bekl. beschlossen, die Sache dem RFM. vorzulegen zur Entscheidung, ob der vom bekl. Hamburgischen Staat gegen das Deutsche Reich erhobene Anspruch auf Rückerstattung der streitigen, vom Bekl. an das Deutsche Reich abgelieferten Lotsengebühren nach § 1 VO. über die Erweiterung des Abgeltungsverfahrens für Ansprüche gegen das Reich v. 24. Okt. 1923 abzugelten ist. Unter dem 28. April 1930 hat der Minister dahin entschieden, daß der Anspruch unter die VO. fällt. Der erk. Sen. hat hierauf die einstweilige Aussetzung des Verfahrens angeordnet. Mit Schriftsatz v. 29. Jan. 1931 haben die Kl. den Antrag angekündigt, die Rev. als unzulässig zu verwerfen, da das BU. schon rechtskräftig gewesen sei, als der Bekl. die Rev. einlegte.

Nachdem der RFM. entschieden hat, daß der Rückgriffsanspruch des Bekl. gegen das Deutsche Reich unter die AbgeltVO. falle, ist der Anlaß weggefallen, der zur Aussetzung des Verfahrens geführt hatte. Damit ist für die Aufnahme des Verfahrens Raum geschaffen. Die Aufnahme erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, § 250 ZPO. Der Schriftsatz der Kl. v. 29. Jan. 1931 schließt die Aufnahme in sich; es ist keinerlei Grund abzusehen, der dem entgegenstünde. Einer förmlichen Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses bedarf es nicht, der Aussetzungsbeschluß ist durch die schriftsätzlich geschehene Aufnahme erledigt. Daß die Aussetzung, wie der Bekl. meint, nur im Einverständnis aller Beteiligten sollte wieder aufgehoben werden können, erhellt aus den §§ 2, 3 AbgeltVO. nicht; weder verweist § 3 auf § 2, noch enthält § 2 eine Vorschrift des behaupteten Inhalts. Im Gegenteil: soweit nach § 2 eine Aufhebung möglich ist, steht die Befugnis hierzu jeder Partei zu, § 2 Abs. 1 Schlußsatz.

Zu der Zulässigkeit der Rev. machen die Kl. geltend: Am 13. Juni 1929 habe der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. im zweiten Rechtszug E. das BU. dem Gegenanwalt RA. M. zugestellt. Um Zeit für Vergleichsverhandlungen zu gewinnen, habe E. tags darauf, am 14. Juni, dem M. das Urteil zurückgegeben, mit der Bitte, das Datum der Zustellungsurkunde zu durchstreichen und ihm das Urteil mit der durchstrichenen Zustellungsurkunde zurückzugeben. M. habe der Bitte entsprochen; in der Folge haben die Parteien die Zustellung als nicht geschehen behandelt.

Der von den Kl. behauptete Sachverhalt ist in tatsächlicher Richtung durch die vorgelegten und insoweit vorgetragenen Handakten des RA. M. zur Genüge erwiesen. Auch der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung die tatsächliche Richtigkeit des klägerischen Vorbringens nicht in Abrede gezogen.

Dieses Verfahren kann nicht als statthaft erachtet werden. Wohl haben die Parteien und ihre Vertreter es in der Hand, ob und wann sie das Instanzurteil zustellen und damit den Lauf der Rechtsmittelfrist für das Urteil eröffnen wollen. Ist aber das Urteil einmal zugestellt, so ist damit von Rechts wegen und zwingend die Frist für die Einlegung des Rechtsmittels eröffnet. Hier handelt es sich um die Rev.

gegen ein BU. eines OLG. Die RevFrist ist eine Notfrist. Ihre Wahrung ist von Amts wegen zu beachten, § 554a ZPO. Damit ist es unvereinbar, daß die Parteien durch Handlungen der hier behaupteten Art über die Dauer der Frist willkürlich verfügen. War also das Urteil bereits am 13. Juni 1929 zugestellt, so hat das Urteil am 13. Juli 1929 die Rechtskraft erlangt, und die erst im Oktober 1929 erfolgte Einlegung der Rev. war verspätet, die Rev. also unzulässig. Das Recht, dies geltend zu machen, kann den Kl. auch nicht deshalb verschränkt werden, weil ihr Prozeßbevollmächtigter bei der Handlung mitgewirkt hat. Auch das käme wiederum nur darauf hinaus, daß willkürliche Verfügungen der Parteien über den Ablauf der Notfrist beachtlich wären. Für eine Anwendung der Grundsätze, die die Rspr. hinsichtlich der Wahrung der vorgeschriebenen Form, §§ 125 ff. BGB., entwickelt hat, ist kein Raum, das Prozeßrecht gehört dem öffentlichen Rechte an.

(U. v. 3. Juli 1931; 371/29 III. — Berlin.) [Sch.]

5. §§ 279, 523, 529 ZPO.

1. Zurückweisung der Verjährungseinrede wegen verspäteten Vorbringens.

2. Unter welchen Umständen ist die Zurückweisung einer Einwendung rechtlicher Natur wegen Verzögerung des Rechtsstreits zulässig?†)

Der Bekl. hat geltend gemacht, daß die von der Kl. als Zessionarin eingeklagte Forderung verjährt sei. Das BG. hat die Verjährungseinrede auf Grund der §§ 529 Abs. 2, 523, 279 ZPO. als verspätet zurückgewiesen. Der dagegen erhobene Revisionsangriff ist nicht begründet. Es steht zwar im freien Belieben einer Partei, ob sie einem Anspruch mit der Verjährungseinrede begegnen will oder nicht. Die verklagte Partei kann auch ein Interesse daran haben, darzutun, daß der gegen sie erhobene Anspruch sachlich unbegründet ist. Man wird deshalb nicht unter allen Umständen verlangen können, daß sie, sobald die Verjährungsfrist abgelaufen ist, die Verjährungseinrede erhebt und dadurch die sachliche Entscheidung, insbes. auch eine Beweisaufnahme unmöglich macht. Daraus folgt aber nicht, daß die beklagte Partei sich niemals dem Vorwurf der Prozeßverschleppung aussetzt, wenn sie die Erhebung der Einrede noch so lange hinausschiebt. Die beklagte Partei kann, auch wenn sie ein Interesse an sachlicher Klärung hat, eine Verzögerung der Entscheidung, die mit einer verspäteten Erhebung der Verjährungseinrede verbunden ist, vermeiden, wenn sie den Gegner rechtzeitig darauf hinweist, daß sie sich die Erhebung der Einrede vorbehält. Die Verjährungseinrede gehört zu den Verteidigungsmitteln, die nach den vom BerR. angeführten Gesetzesbestimmungen zurückgewiesen werden können, wenn durch ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und nach der freien Überzeugung des Gerichts die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Fahrlässigkeit sie nicht früher vorgebracht hat. In welchem Zeitpunkt des Verfahrens der Partei ohne Beeinträchtigung ihres Interesses an einer Klärung des Sachverhaltes die Erhebung der Verjährungseinrede zugemutet werden kann, ist in der Regel Sache der freien Überzeugung des Tatrichters. Vorliegend ist nun nicht ersichtlich, daß der BerR. diese Aufgabe verkannt und die Einrede aus Rechtsirrtum zurückgewiesen hat.

Mit Recht ist der BerR. auch zu dem Ergebnis gelangt, daß durch die Zulassung der Verjährungseinrede die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre. Zwar kann in der Regel nicht anerkannt werden, daß durch das Vorbringen einer Einwendung rechtlicher Natur eine Verzögerung der Entscheidung deshalb herbeigeführt werden würde, weil das Gericht sich erst über die Rechtsfrage unterrichten müßte. Stehen die Tatsachen fest, auf die eine Einwendung rechtlicher Natur gestützt wird, so kann das Studium der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, wenn es sich nicht um der Praxis ganz fern liegende Rechtsgebiete handelt, sondern um die verhältnismäßig einfache Frage der Verjährung, wenn auch auf Grund eines Spezialgesetzes, nicht soviel Schwierigkeiten machen, daß dadurch die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Es könnte höchstens eine Aussetzung der Verkündung der Entscheidung, die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, in Frage kommen. Die damit verbundene unerhebliche Hinausschiebung der Verkündung des Urteils würde es aber nicht rechtfertigen, die sachliche Entscheidung abzulehnen. Dies entspräche nicht dem Zweck der Vorschriften gegen Prozeßverschleppung, abgesehen vielleicht von Fällen, in denen eine Partei an einer alsbaldigen Verkündung der Entscheidung ein besonderes Interesse hat. Dagegen entstand durch das späte Vorbringen der Verjährungseinrede eine Verzögerung der Entscheidung, wenn die Kl. sich nicht sofort auf die Einrede erklären konnte und deshalb zu ihrer Vorbereitung eine Vertagung der Verhandlung erforderlich geworden wäre. So lag aber die Sache vom Standpunkt der Kl. aus.

(U. v. 10. Juli 1931; 119/31 II. — Berlin.) [Ku.]

6. §§ 286, 304, 318, 512 ZPO.

1. Die Auslegung der in einer Klagebegründung enthaltenen prozeßrechtlichen Erklärungen (hier der Erklärung, zur Geltendmachung von Schadensansprüchen eines Dritten in eigenem Namen ermächtigt zu sein) untersteht nicht den materiellrechtlichen Auslegungsregeln. Sie ist für das RevG. frei nachprüfbar.

2. Hat der Grundstückseigentümer zur Begründung eines Schadensersatzanspruches geltend gemacht, er sei durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils zu Aufwendungen zwecks Erhaltung des Eigentums gezwungen worden, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß nicht er, sondern ein Dritter die Aufwendungen gemacht habe, ohne daß das Rechtsverhältnis zwischen ihm und diesem Dritten geklärt wird. Unter Umständen kann sich aus diesem Verhältnis, sofern er für Rechnung des Dritten gehandelt hat, auch ohne besondere Ermächtigung das Recht ergeben, den Schaden des Dritten in eigenem Namen geltend zu machen.

3. Eine im Herbst 1925 erfolgte Behinderung im Verkauf eines Grundstückes kann die adäquate Ursache für eine Zwangsversteigerung im Jahre 1927 gebildet haben.

4. Im Nachverfahren ist das Gericht an die im Zwischenurteil enthaltene, den Klageanspruch dem Grunde nach zuerkennende Ent-

---

Zu 5. Der Tatbestand war, soweit es sich um die hier behandelte Frage handelt, einfach. Beklagt war das Deutsche Reich, von dem Kl. eine Zahlung aus dem BranntwMonG. verlangte. Kl. klagte zunächst auf einen Teilbetrag von 3000 RM, das Verf. mit diesem Streitwert lief durch drei Instanzen, führte zu einem Urt. des RG. v. 22. Mai 1928 und dann beim BG. zu einer Beweisaufnahme, die zunächst im April 1929 erfolgte. Nunmehr erweiterte Kl. durch einen im Dez. 1929 zugestellten Schriftsatz den Anspruch auf rund 26 000 RM. Das BG. beschloß weitere Beweisaufnahme, die spätestens am 28. Okt. 1930 beendet war. Das Gericht setzte Schlußtermin auf den 10. Jan. 1931 an, die Nachricht von diesem Termin, der dann auf Wunsch des Prozeßbevollm. der Bekl. auf den 24. Jan. 1931 hinausgeschoben wurde, wurde dem letzteren am 10. Nov. 1930 zugestellt. Jetzt machte mit Schriftsatz v. 20. Jan. 1931, bei Gericht eingegangen am 22. Jan. 1931, also zwei Tage vor dem Termin Bekl. geltend, daß die Forderung der Kl. mit Ausnahme der ursprünglich eingekl. 3000 RM nach § 111 Abs. 1 BranntwMonG. v. 20. April 1922 verjährt sei.

Diesen Einwand hatte das KG. zurückgewiesen, und man wird dem RG. beitreten können, wenn es diese Zurückweisung nicht für rechtsirrtümlich erklärte. Es ist an sich theoretisch durchaus denkbar, daß ein rein rechtl. Einwand ohne jede Gefahr, selbst bei der Möglichkeit einer Verzögerung des Verf. in einem vorgerückten Stadium des Verf. vorgebracht und in der Entsch. behandelt werden kann. Es kann ferner, wie auch das RG. anerkennt, durchaus im berechtigten Interesse des Bekl. liegen, den Verjährungseinwand, mag er auch durchgreifend sein, nicht alsbald vorzubringen (vgl. JW. 1931, 1851); aber ebenso sicher ist, daß der Gläubiger, dem die Verjährungseinrede entgegengesetzt wird, in der Lage sein kann, Repliken (Unterbrechung oder Ruhen der Verjährung, Replik der Arglist usw.) vorzubringen, daß er also genötigt ist, in dieser Richtung Information einzuholen und sich Aufklärung zu schaffen. In diesem Fall führt also die Vorbringung der Verjährungseinrede sicherlich zur Verzögerung.

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

scheidung gebunden, auch wenn diese beim Fehlen gesetzlicher Voraussetzungen fehlerhaft war.

5. Wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Eigentümer durch Behinderung in der Veräußerung in einem bestimmten Zeitpunkt Schaden erlitten hat, so ist der Preis, zu dem er damals hätte veräußern können, nicht mit seinem Erwerbspreis, sondern mit dem Preis zu vergleichen, den er später erzielen konnte.

Am 3. März 1925 bot der Kl. seinen in B. gelegenen Hof dem Bekl. um den Preis von 190 000 RM zum Kaufe an. Vereinbarungsgemäß wurde zur Sicherung des Rechts auf Auflassung für den Bekl. eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen. Der Kaufmann H. übernahm dem Bekl. gegenüber für die Erfüllung der dem Kl. obliegenden Verpflichtungen die selbstschuldnerische Bürgschaft. Am 9. Juli 1925 erklärte der Bekl. die Annahme des Kaufangebotes; auch erwirkte er eine EinstwVerf., durch die der Kl. verpflichtet wurde, den Hof an einen Sequester herauszugeben.

Am 26. Aug. 1925 schlossen die Parteien zur Beilegung der zwischen ihnen entstandenen Streitigkeiten einen Vergleich ab, an dem sich auch H. beteiligte. Es wurde vereinbart, daß der Vertragsantrag v. 3. März 1925 und die Annahme v. 9. Juli 1925 hinfällig sein sollten, und das Einverständnis der Parteien darüber erklärt, daß ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei und weder aus dem Kaufantrage noch aus der Annahme des Angebots Rechte hergeleitet werden könnten. Auch wurden in dem Vergleiche Bestimmungen getroffen über die von H. und dem Kl. an den Bekl. zu leistenden Zahlungen wie über deren Sicherstellung und über die Verteilung der entstandenen Prozeßkosten und festgesetzt, daß die zur Durchführung des Vergleichs erforderlichen Handlungen, darunter Hypothekenabtretungen und die Hergabe von Akzepten durch H. und den Kl. bis zum 30. Aug. 1925 vorgenommen werden sollten. Der Bekl. ließ am 27. Aug. 1925 durch seine Anwälte erklären, er werde die zu seinen Gunsten eingetragene Vormerkung Zug um Zug gegen die den Gegnern nach dem Vergleiche obliegenden Leistungen löschen lassen.

Am 31. Aug. 1925 erklärte der Bekl. den Gegnern, daß er den Vergleich anfechte.

Daraufhin begehrte der Kl. im Klagewege die Erfüllung des Vergleichs und Schadensersatz; durch die ungerechtfertigte Erfüllungsverweigerung sei ihm ein anderer Verkauf des Hofes unmöglich geworden. Den hierdurch entstandenen Schaden bezifferte er auf mindestens 90 000 RM, wovon die dem Bekl. gebührenden Gegenleistungen abzuziehen seien. Sein Klageantrag war darauf gerichtet, daß der Bekl. zur Löschung der Vormerkung und — vorbehaltlich weitergehender Ansprüche — zur Zahlung eines Teilbetrags von 30 000 RM verurteilt werde, und mit der Erklärung verbunden, er sei von H. ermächtigt, die Ansprüche der Klage im eigenen Namen geltend zu machen.

Das LG. erkannte durch Teil- und Zwischenurteil dahin, daß der Bekl. zur Löschung der Vormerkung verurteilt und der Schadensersatzanspruch von 30 000 RM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werde. Dieses Urteil wurde rechtskräftig.

Im Verfahren über den Betrag des Schadensersatzanspruchs verfolgt der Kl. zunächst nur den Anspruch in der bisherigen Höhe von 30 000 RM weiter.

Das LG. wies ihn mit seinem allein noch streitigen Zahlungsanspruch ganz ab.

In der BerInst. erhöhte er seinen Zahlungsanspruch um 36 000 RM nebst Zinsen.

Das OLG. verurteilte den Bekl. zur Zahlung von 10 500 RM nebst Zinsen und wies den Kl. mit seinem weitergehenden Anspruch ab.

Die Rev. beider Parteien führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

I. Zur Rev. des Kl.

1. Der Kl. hat in der BerInst. seine Schadensersatzforderung auch damit begründet, daß er, als er nach dem Vergleichsabschlusse v. 26. Aug. 1925 infolge der Erfüllungsverweigerung des Bekl. sein Gut nicht habe anderweit veräußern können, in der Folgezeit zu besonderen Aufwendungen für den Hof genötigt gewesen sei und daß der Hof bei der Zwangsversteigerung im Mai 1927 nur einen Erlös von 154 000 RM gebracht habe; abgesehen von seiner Gewinneinbuße belaufe sich sein Schaden deshalb auf mindestens 107 000 RM. Das BG. läßt dahingestellt, ob in diesem Vorbringen gegenüber der anfänglichen Anspruchsbegründung eine unzulässige Klageänderung enthalten sei, hat vielmehr sachlich dazu Stellung genommen und den Klageanspruch, soweit er auf dieses Vorbringen gestützt ist, für unbegründet erklärt. Die Aufwendungen für die Bewirtschaftung des Hofes in der Zeit vom 1. Sept. 1925 bis zur Versteigerung im Mai 1927 als seinen Schaden geltend zu machen, dazu sei der Kl. nicht berechtigt. Es handele sich insoweit unbestritten um Aufwendungen, die H. gemacht habe. Sie im eigenen Namen ersetzt zu verlangen, sei der Kl. von H. nicht befugt worden. Das Vorbringen des Kl. über die Ermächtigung, Ersatzansprüche des H. im eigenen Namen geltend zu machen, könne darauf nicht bezogen werden. Was sodann die Einbuße angehe, die der Kl. dadurch erlitten habe, daß sein Hof im Mai 1927 für nur 154 000 RM versteigert worden sei, so stehe dahin, welche Umstände zu dieser Versteigerung geführt hätten; daß der Bekl. durch vertragswidrige Verweigerung der Vergleichserfüllung im Herbste 1925 den Verkauf des Hofes verhindert habe, könne als adäquate Ursache für die Zwangsversteigerung nicht angesehen werden.

Die Rev. bekämpft zunächst die Annahme des BG., das Vorbringen in der Klage über die Ermächtigung des Kl., Ersatzansprüche des H. im eigenen Namen geltend zu machen, könne nicht auf diese erst in der BerInst. in den Prozeß eingeführten Ansprüche bezogen werden. Dieser Revisionsangriff kann zu einem Erfolge nicht führen. In der Klage hatte der Kl. lediglich seine Schadloshaltung dafür verlangt, „daß der Bekl. durch die Anfechtung des Vergleichs dem Kl. den Abschluß eines Verkaufs des Hofes an den Auftraggeber des Maklers S. unmöglich gemacht habe". Er hatte behauptet, durch den beabsichtigten, aber infolge des Vertragsbruchs des Bekl. vereitelten Verkauf des Hofes an S. wäre mindestens ein Preis von 280 000 RM zu erzielen gewesen, somit ein Überschuß von 90 000 RM über den Betrag von 190 000 RM hinaus, den die Parteien im Angebote vom 3. März 1925 als Kaufpreis für das Gut vereinbart hatten. Die Klageforderung hatte sich demnach auf die Geltendmachung des entgangenen Gewinns von 90 000 RM beschränkt, den der Kl. bei der beabsichtigten Weiterveräußerung des Hofs an S. voraussichtlich erzielt haben würde; davon ließ er sich Leistungen kürzen, die ihm und H. nach dem Vergleiche oblagen, und die Kosten, Gebühren und Auslagen, die ihm durch die Veräußerung entstanden wären. Er machte demnach nur den Teilbetrag von 30 000 RM geltend, allerdings „unter Vorbehalt aller weitergehenden Rechte" und mit dem Anfügen: „Vorbehalten bleibt des ferneren der Schaden, der dem Kl. (und H.) dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß der Bekl. die nach dem Vergleiche ihm obliegende Ablösung der Hypotheken unausgeführt gelassen hat". Wenn das BG. die danach folgende Erklärung des Kl., er sei von H. ausdrücklich ermächtigt worden, die Ansprüche der Klage im eigenen Namen geltend zu machen, dahin verstanden hat, daß sich diese Ermächtigung nur auf die Klageansprüche selbst (Anspruch auf Löschung der Vormerkung und auf Zahlung von 30 000 RM), nicht aber auch auf die in der Klage vorbehaltenen weiteren Schadensersatzansprüche beziehe, so läßt sich diese Annahme des BG. nicht beanstanden. Allerdings untersteht die Auslegung der in der Klagebegründung enthaltenen prozeßrechtlichen Erklärungen nicht den materiellrechtlichen Auslegungsregeln, so daß das RevG. an sich nicht gehindert wäre, einer anderen Auffassung Geltung zu verschaffen (Stein-Jonas, ZPO. Vorbem. vor § 128 Anmerkung V 2). Indessen ist die Ausdrucksweise im Schlußsatze der Klagebegründung doch so unzweideutig, daß sie keineswegs zu der Annahme nötigen kann, der Kl. hätte behaupten wollen, von H. über den Umfang der in der Klage selbst erhobenen Ansprüche hinaus auch zur Geltendmachung aller weiteren, nur vorbehaltenen Ansprüche, soweit sie dem H. zustehen sollten, ermächtigt worden zu sein.

Dies bedarf einer näheren Ausführung jedoch nicht, weil die Begründung des angefochtenen Urteils, soweit mit

ihr die Abweisung der über den zuerkannten Betrag hinausgehenden Ersatzansprüche des Kl. gerechtfertigt werden soll, zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt. Der Kl. hatte ausdrücklich vorgetragen, die Erfüllungsverweigerung des Bekl., insbes. die Nichterfüllung der von ihm in Ziff. IV des Vergleichs v. 26. Aug. 1925 übernommenen Verpflichtung zur Ablösung der dort bezeichneten Hypotheken im Zusammenwirken mit EinstwVerf., durch die sie (der Kl. und H.) auf Betreiben des Bekl. in der freien Verfügung über ihnen zustehende Hypotheken beschränkt und gehindert worden seien, habe sie gezwungen, die dafür benötigten Kapital- und Zinsbeträge selbst aufzubringen, um die Gläubiger von der Zwangsversteigerung des Gutes abzuhalten; darüber hinaus hätten sie aber alle verfügbaren Mittel zur Deckung von Steuern, Zinsen, Löhnen usw. verwenden müssen, statt Vieh anzukaufen und die besonderen Eigenschaften der zum Hofe gehörigen Weiden vorteilhaft auszunützen; hierdurch sei in der Zeit vom 1. Sept. 1925 bis zum 3. Mai 1927 ein Betriebsverlust von 71 736,22 *RM* entstanden, bis sich schließlich trotz aller Anstrengungen die Zwangsversteigerung doch nicht mehr habe aufhalten lassen. Unter Zugrundelegung des Versteigerungserlöses von 154 000 *RM*, der hinter dem mit dem Bekl. vereinbarten Kaufpreis um 36 000 *RM* zurückblieb, errechnete der Kl. einen ihm entstandenen Gesamtschaden von 107 526,22 *RM*. Der Rev. ist darin beizutreten, daß sich diese an sich schlüssige Schadensbegründung nicht mit der Erwägung abfertigen läßt, daß es sich um Aufwendungen handele, die H. gemacht habe. Wie gestaltet das Rechtsverhältnis war, das zwischen dem Kl. und H. bestand, hat das BG. nicht erörtert; einmal sagt es, H. sei an dem Gute „materiell interessiert" gewesen, an anderer Stelle, „mit seinem Gelde bzw. für seine Rechnung sei der Hof gekauft und bewirtschaftet worden". Wie dem auch sei, jedenfalls begründete der Vergleich v. 26. Aug. 1925, soweit es sich darum handelte, die Rechtswirkungen des Angebots zum Kaufabschlusse v. 3. März 1925 und der Annahme v. 10. Juli 1925 zu beseitigen, durch Löschung der Vormerkung die Verfügungsfreiheit des Kl. hinsichtlich des ihm gehörigen Gutes wiederherzustellen und die darauf eingetragenen Hypothekenschulden zum Teil abzulösen, Rechtspflichten des Bekl. unmittelbar dem Kl. gegenüber. Wenn es sich bewahrheitete, daß dem Kl. durch den Erfüllungsverzug des Bekl. nicht nur die Möglichkeit zur anderweitigen vorteilhaften Veräußerung des Hofes genommen war, sondern ihm auch aus Mangel an Mitteln die wirtschaftliche Ausnützung der besonderen Eigenschaften des Gutes unmöglich wurde, daß er genötigt war, auch fremde Geldmittel anzulegen, um den Betrieb aufrechtzuerhalten und die drohende Zwangsversteigerung zu verhindern, und wenn trotzdem — eben infolge des vom Bekl. verschuldeten Fehlens ausreichender Betriebsmittel — kein Vorteil aus der Wirtschaft erzielt werden konnte, sondern sogar erhebliche Betriebsverluste entstanden, so kann dem hieraus erwachsenen Schadensersatzanspruche des Kl., den ursächlichen Zusammenhang zwischen den eingetretenen Verlusten und dem Verzuge des Bekl. vorausgesetzt, nicht ohne weiteres mit der Erwägung begegnet werden, die in den Betrieb gesteckten Mittel seien nicht vom Kl., sondern von H. aufgewendet worden. Nach dem Sachverhalte, wie er dem BG. zur Beurteilung vorgetragen worden ist, mußte davon ausgegangen werden, daß dem Kl. als dem Eigentümer die zum Fortbetriebe der Gutswirtschaft und zur Abwendung der Zwangsversteigerung benötigten Mittel von H. zur Verfügung gestellt worden seien und daß diesem gegenüber dem Kl. daraus die Verpflichtung erwuchs, die hergegebenen Gelder zurückzuerstatten. Unter dieser Voraussetzung war es aber für das zwischen dem Kl. und dem Bekl. bestehende Rechtsverhältnis und die Verzugsfolgen ohne Erheblichkeit, ob es eigene oder fremde Mittel waren, die der Kl. für den bezeichneten Zweck hatte aufwenden müssen. Zu einer davon abweichenden Beurteilung bietet das bisherige Sachvorbringen der Parteien jedenfalls keinen Anhalt. Abgesehen davon wäre bei der offensichtlichen Verbundenheit der Interessen des Kl. mit denen H.s zu prüfen gewesen, ob nicht schon hieraus, gegebenenfalls aus dem zwischen dem Kl. und H. bestehenden Vertragsverhältnisse, sofern und soweit der Kl. für Rechnung des H. gehandelt hatte, selbst ohne besondere Ermächtigung das Recht des Kl. zu folgern war, auch den dem H. entstandenen Schaden im eigenen Namen geltend zu machen (RG. 90, 240, 246; 93, 39[1]), 40[1]); 97, 87, 88).

2. Des weiteren bemängelt die Rev., daß das BG. den Ersatzanspruch des Kl. abgelehnt hat, soweit er auf die durch die Zwangsversteigerung herbeigeführte Vermögenseinbuße gegründet war. In dieser Hinsicht macht die Rev. geltend, daß das BG. dem Vorbringen des Kl. wie auch dem Ergebnisse der Beweisaufnahme nicht gerecht geworden sei und damit die Vorschrift des § 286 ZPO. verletzt habe. Das BG. erachtet es für ungewiß, welche Umstände zur Zwangsversteigerung geführt hätten; daß der Bekl. durch die vertragswidrige Erfüllungsverweigerung im Herbst 1925 den Verkauf des Gutes verhindert habe, könne als adäquate Ursache für die Zwangsversteigerung des Besitzes i. J. 1927 nicht angesehen werden. Der Kl. hatte indessen — wie die Rev. zutreffend hervorhebt — in seinem Schriftsatze v. 25. Febr. 1928 unter Beweisantretung eingehende Darlegungen für den ursächlichen Zusammenhang gegeben, der nach seiner Auffassung zwischen der Zwangsversteigerung und dem vertragswidrigen Verhalten des Bekl. bestand, und damit das Erforderliche getan, um den vom BG. vermißten Zusammenhang klarzulegen. Das BG. hätte darauf eingehen und nach Maßgabe des Vorbringens des Kl. und seines Beweiserbietens die Frage des Zusammenhangs aufklären sollen. Dies lag um so näher, als schon die wirtschaftliche Entwickelung der Verhältnisse nach dem Eintritte des Verzugs des Bekl. auf die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs hätte hinweisen können. Hatte doch das BG. aus den Beweiserhebungen selbst schon entnommen, daß seit dem Herbste 1925 die Nachfrage nach derartigen Gütern und demzufolge die Preise dafür erheblich zurückgegangen waren und damit die Verkaufsmöglichkeit des Kl. eine wesentliche Einschränkung erfahren hatte, wie auch von dem Sachverständigen H. in seiner Erläuterung zu dem von ihm und M. gemeinsam abgegebenen Gutachten v. 20. Jan. 1930 darauf hingewiesen worden war, jetzt sei der Hof des Kl. überhaupt unverkäuflich. Zwar ist die Frage des ursächlichen Zusammenhangs im wesentlichen tatsächlicher Natur und der Nachprüfung des RevG. nur insoweit unterworfen, als Rechtsgrundsätze bei ihrer Entscheidung verletzt sind (JW. 1911, 579[17]). Im vorliegenden Falle enthält aber die Unterlassung des BG. jedenfalls einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 286 ZPO., der gleichfalls zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen muß, soweit zum Nachteile des Kl. erkannt ist.

II. Zur Rev. des Bekl.

1. Der Bekl. bemängelt die Annahme der Aktivlegitimation des Kl. Sie könne aus der Ermächtigung des Kl. durch H., dessen Schaden im eigenen Namen geltend zu machen, nicht entnommen werden. Die Rev. verweist auf die Rspr. des RG., wonach nur dann die Einklagung fremder Forderungen im eigenen Namen auf Grund einer Ermächtigung des Gläubigers statthaft ist, wenn ein rechtsschutzwürdiges Interesse des als Kl. auftretenden Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts im eigenen Namen besteht. Ein solches Interesse sei nicht festgestellt. Dieser Angriff geht fehl, weil das angefochtene Erkenntnis sich nicht auf die Annahme gründet, die Sachlegitimation des Kl. beruhe auf der Ermächtigung durch H. Daß das BG. rechtlich nicht gehindert war, aus dem ihm vorgetragenen Sachverhalte die Sachlegitimation des Kl. ohne Rücksicht auf eine solche Ermächtigung zu entnehmen, dazu ist das Nötige bereits gesagt.

2. Mit Recht bemängelt die Rev., daß über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Klageanspruchs gemäß § 304 ZPO. nicht hätte vorabentschieden werden können, ohne daß die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen festgestellt waren, von deren Höhe der Bestand des Klageanspruchs ganz oder zum Teil abhing. Dies entspricht der ständigen Rspr. des RG. Indessen kann der Rev. nicht zugegeben werden, daß das BG. gehalten gewesen wäre, die Schadensersatzansprüche des Kl. allgemein auch nach ihrem Bestande neu zu prüfen und auf die Einwendungen des Bekl. einzugehen, welche sich gegen den Grund der Klageansprüche richteten. Das über den Grund vorabentscheidende

[1]) JW. 1918, 561.

Zwischenurteil des LG. war durch die Zurücknahme der dagegen eingelegten Berufung rechtskräftig geworden (§ 304 Abs. 2 ZPO.). Das Gericht war im Nachverfahren an die im Zwischenurteil enthaltene, den Klageanspruch dem Grunde nach zuerkennende Entsch. gebunden (§§ 318, 512 ZPO.), auch wenn diese beim Fehlen gesetzlicher Voraussetzungen fehlerhaft war (Stein-Jonas § 304 Anm. III Abs. 3 und Fußnote 62). Allerdings erstreckte sich die bindende Wirkung des Ausspruchs über den Grund nur auf den Klagebetrag, der zur Zeit der Vorabentscheidung gefordert war. Über diesen Betrag ist das BG. aber auch nicht hinausgegangen.

Unter Ziff. 3 und 4 werden Prozeßangriffe als unbegründet dargelegt.

5. Dagegen geben die Art der Berechnung des dem Kl. erwachsenen Schadens, soweit er vom Bekl. vertreten werden muß, und die Voraussetzungen, von denen das BG. dabei ausgegangen ist, zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Das BG. hat angenommen, daß der Kl., wenn ihm nicht die Vertragsuntreue des Bekl. die Veräußerung des Gutes unmöglich gemacht hätte, im Herbst oder bis gegen Ende 1925 höchstwahrscheinlich in der Lage gewesen wäre, seinen Hof für 250 000 *RM* zu verkaufen. Es hat dabei in Rücksicht auf die Gutachten der vernommenen Sachverständigen und den sonstigen ihm vorgelegten Beweisstoff einerseits die vom Kl. getroffenen Verkaufsvorbereitungen, andererseits aber auch die allgemeinen Verhältnisse auf dem Gütermarkte, die zu jener Zeit der Veräußerung inländischen Grundbesitzes günstig waren, in Betracht gezogen. Daß es bei Bildung seiner Überzeugung die allgemeinen Beschränkungen unbeachtet gelassen hätte, denen der Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken durch die BundRVO. v. 15. März 1918 (RGBl. 123) unterworfen war, kann der Rev. allerdings nicht zugegeben werden; es ist vielmehr unbedenklich davon auszugehen, daß sowohl das Gericht wie die von ihm zu Rate gezogenen Sachverständigen sich dieser einschränkenden Regelung wohl bewußt waren, darin aber keinen die angenommene Verkaufsmöglichkeit beeinträchtigenden Umstand gefunden haben. Übrigens ist das Gericht auch entgegen der Annahme der Rev. ausdrücklich davon ausgegangen, daß es dem Kl. möglich gewesen wäre, unter den damaligen Verhältnissen das Gut zu dem bezeichneten Preise an einen zahlungskräftigen Käufer loszuschlagen. In dieser Richtung ist die Begründung des BG. rechtlich einwandfrei. Dagegen begegnet es rechtlichen Bedenken, daß das BG. als den zu ersetzenden Schadensbetrag den Unterschied angenommen hat zwischen dem Preise, zu dem der Kl. das Gut ohne das vom Bekl. verschuldete Hindernis Ende 1925 hätte verkaufen können (250 000 *RM*), und dem Erwerbspreise, für den der Kl. das Gut im Sommer 1924 gekauft hatte (180 000 *RM*). Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Satz 1 BGB.). Zu diesem Zwecke ist die wirtschaftliche Lage des Ersatzberechtigten zu vergleichen, wie sie sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers gestaltet haben würde und wie sie sich nach der schädigenden Handlung gestaltet hat (RG. 77, 99, 101[2]); RG-Urt. v. 21. Mai 1908, VI 491/07: RGWarn. 1908 Nr. 577; v. 7. Okt. 1914, V 69/14: RGWarn. 1915 Nr. 74). Es ist nicht einzusehen, inwiefern es hierbei auf eine Vergleichung des angenommenen Veräußerungspreises mit dem früheren Erwerbspreise ankommen sollte. Hätte sich nach dem Eintritte des Verzugs des Bekl. die Wirtschaftslage nicht verschlechtert, wäre also die dem Kl. offenstehende Verwertungsmöglichkeit eine gleich günstige geblieben, so wäre ein Schaden trotz der Erfüllungsverweigerung des Bekl. vielleicht gar nicht eingetreten. Eine Schädigung des Kl. konnte ohne Rücksicht auf die zur Zeit des Verzugseintritts bestehenden Gewinnaussichten vielmehr erst dann eintreten, wenn sich in der Folgezeit die Veräußerungsmöglichkeit verschlechterte, und sie wurde notwendigerweise von Tag zu Tag größer, je mehr durch die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse und insbes. der Zustände im Umsatzverkehre mit landwirtschaftlichen Gütern die Aussichten des Kl. auf einen vorteilhaften anderweitigen Verkauf des Hofes dahinschwanden. Sowenig ein etwaiger unentgeltlicher Erwerb des Hofes für die Höhe des dem Kl. durch den Verzug des Bekl. entstandenen Schadens maßgebend sein kann, wird es auf die Höhe des seinerzeitigen Einstandspreises bei seiner Bemessung ankommen können. Vielmehr wird zu fragen sein, ob und in welchem Ausmaße der Kl. infolge des Verzugs des Bekl. und seiner fortdauernden Erfüllungsverweigerung in seinem Vermögen dadurch eine Einbuße erlitten hat, daß er gehindert war, die damals bestehende günstige Verwertungsmöglichkeit auszunützen, und diese sich in der Folgezeit immer mehr verringerte. Die angenommene Verkaufsmöglichkeit im Herbste 1925 wird also in Vergleich zu stellen sein mit den zur Zeit des Wegfalls des vom Bekl. verschuldeten Verkaufshindernisses bestehenden Verhältnissen auf dem Gütermarkte, den in dieser Zeit maßgebenden Güterpreisen und der hierdurch begründeten Verwertungsmöglichkeit. Nur durch solche Vergleichung wird sich die dem Kl. zugefügte Vermögensminderung ermessen lassen. Demnach wird zu prüfen sein, ob und in welchem Ausmaße der Kl. durch die Behinderung eines anderweitigen Verkaufs des Gutes in der Folgezeit etwa insofern geschädigt worden ist, als er nach dem Wegfalle des Hindernisses bei gleicher Beschaffenheit des Gutes im Hinblick auf die inzwischen eingetretenen allgemeinen Marktverhältnisse des Güterumsatzverkehrs gewiß oder aller Wahrscheinlichkeit nach den Hof nur zu einem erheblich geringeren Preise loszuschlagen vermocht hätte. Daß das BG. in dieser Richtung die nach Lage der Sache gebotene Prüfung unterlassen, insbes. keine Feststellung darüber getroffen hat, daß der mögliche Verkaufspreis trotz Fortbestehens wesentlich gleicher Beschaffenheit um den angenommenen Unterschiedsbetrag oder überhaupt zurückgegangen war, ist an seiner Beurteilung rechtlich zu beanstanden. Bei der erneuten Prüfung wird gewiß auch der Umstand bedeutsam sein können, daß der Kl., bevor das vom Bekl. verschuldete Hindernis beseitigt und ein vorteilhafterer freihändiger Verkauf des Gutes zu ermöglichen war, entgegen seinen eigenen Bemühungen mit dem Hofe der Zwangsversteigerung anheimfiel und daß sich dabei ein Mindererlös ergab, den der Kl. nicht zu verhindern vermochte; dies unter der Voraussetzung, daß das BG. nach Maßgabe des darauf bezüglichen Parteivorbringens in die Lage gesetzt sein wird, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Erfüllungsverweigerung des Beklagten und diesen Ereignissen festzustellen. Dabei wird es, wie die Rev. des Bekl. zutreffend hervorhebt, auch darauf ankommen, ob sich der Hof zur Zeit der Versteigerung noch in dem Zustande befand, der der Feststellung des Verkäuflichkeitswertes zugrunde gelegt worden ist. Daß die Zwangsversteigerung und der dabei entstandene Ausfall ganz außer Betracht bleiben müßte, weil es sich um einen Selbsterwerb des materiellen Eigentümers H. gehandelt habe, kann der Rev. nicht zugegeben werden. Die bisherigen Feststellungen des BG. über die Beteiligung des H. am Hofe des Kl. ermöglichen keinen sicheren Schluß dahin, daß H. im Innenverhältnisse zum Kl. etwa der Alleinberechtigte am Gute gewesen wäre. Abgesehen davon liegt der vorliegende Fall schon deshalb anders, als der in RG. 110, 155 ff.[3]) behandelte, den die Rev. heranziehen möchte, weil es sich dort um einen vom Schadensgläubiger betriebenen Selbsthilfeverkauf (§ 373 HGB.) handelte, während hier die Zwangsversteigerung nach der Darstellung des Kl. von dritter Seite betrieben wurde.

(U. v. 12. Febr. 1931; 618/30 VIII. — Hamburg.) [H.]

7. §§ 303, 318, 512, 548 ZPO. **Ein unzulässigerweise über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel erlassenes Zwischenurteil bindet das erkennende Gericht nicht. Ein solches Urteil kann nur mit dem Rechtsmittel gegen das Endurteil bekämpft werden.**†)

Mit Recht hat das BG. angenommen, daß der Erlaß des Zwischenurteils unzulässig gewesen ist, weil es seit der VO. v. 13. Febr. 1924 Zwischenurteile über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht mehr

[2]) JW. 1912, 1014.

[3]) JW. 1925, 1278

Zu 7. I. Das vom LG. über ein selbständiges Verteidigungsmittel erlassene Zwischenurteil war gewiß unzulässig. Die Novelle von 1924 hat diesen Rechtszustand herbeigeführt. Diese Gesetzesänderung

gibt. Auch wenn es zulässig gewesen wäre, würde ein Rechtsmittel gegen das Urteil nicht gegeben gewesen, sondern die Bekämpfung des Urteils nur mit dem Rechtsmittel gegen das Endurteil zulässig gewesen sein. Das unzulässige Zwischenurteil kann darum in dieser Beziehung auch nicht anders behandelt werden. Ob man dabei davon auszugehen hat, daß die prozessuale Unzulässigkeit des Urteils ihm den Charakter des Zwischenurteils nicht nimmt (JW. 1927, 1638; Stein-Jonas III 3 zu § 303), kann unentschieden bleiben, denn jedenfalls liegt hier ein Urteil vor, das nicht unter die Entscheidungen fällt, gegen welche das Gesetz die Berufung vorgesehen hat. Ein besonderes Interesse hat die Bekl. an der Beseitigung des Urteils auch nicht. Denn sie ist in der Lage, es mit der Berufung gegen das Endurteil anzugreifen (§ 512 ZPO.). Sie würde in diesem Fall auch einen Beschwerdepunkt haben, wenn sich das LG. gemäß § 318 ZPO. an das Zwischenurteil gebunden gehalten haben würde. Denn wenn das Zwischenurteil unzulässig erlassen war, besteht diese Bindung nicht (RG. 82, 210[1]); Warn. 1914 Nr. 66).

Der Hinweis der Beschwerde auf den Satz, daß sich die Angriffsmöglichkeit einer Entscheidung nicht danach bestimmt, in welcher Form sie erlassen ist, sondern wie sie sich inhaltlich darstellt, ist nicht am Platze. Denn um diese Frage handelt es sich hier nicht.

(Beschl. v. 7. Juli 1931; 21/31 VII B. — Frankfurt a. M.) [Ku.]

8. § 322 ZPO.

1. **Die in den Gründen eines Urteils enthaltene Feststellung, die Parteien hätten den nichtigen Vertrag bestätigt, schafft nicht für einen anderen Rechtsstreit Rechtskraft in Ansehung der Frage, ob ein wirksamer Vertrag vorliegt.**

2. **Aus § 141 Abs. 2 BGB. kann nicht hergeleitet werden, daß die formlose Bestätigung eines formbedürftigen und daher i. S. von § 566 BGB. minder wirksamen Vertrages den Formmangel heilt und dem bestätigten Vertrag Vollwirksamkeit gibt.**

3. **Für Willenserklärungen im gerichtlichen Verfahren wird die im Bürgerlichen Recht für solche Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Form durch Abgabe im Rahmen des Prozesses nur dann ersetzt, wenn sie Bestandteile eines prozessualen Rechtsgeschäftes sind und dessen im Verfahrensrecht vorgeschriebene Form wahren.**

Die Kl. hat durch schriftlichen Mietvertrag v. 7. Juni 1923 in ihrem Haus in Berlin Geschäftsräume an die Bekl. für die Zeit v. 1. Juli 1923 bis zum 30. Juni 1933 gegen einen in Reichsmark zu zahlenden, im Wert 2000 Dollars entsprechenden Jahreszins vermietet. Zugleich haben die Mietsparteien laut Schriftwechsel v. 7./8. Juni 1923 weiter vereinbart, die Kl. solle an dem Unternehmen der Bekl., soweit das amerikanische Geschäft in Betracht komme, mit 10% des Reingewinns beteiligt sein, mindestens aber jährlich 6000 Dollars (effektiv) gezahlt erhalten. Während der Geltung des RMietG. für die Mieträume hat, i. J. 1924, die Kl. die Erklärung aus § 1 RMietG. abgegeben. Nach Inkrafttreten der PrLockVO. v. 11. Nov. 1926 hat die Kl. von der Bekl. für die Zeit v. 1. April 1927 an Zahlung der angemessenen Miete verlangt und in dem Vorprozeß 24 O 19/27 des LG. I Berlin auf Zahlung der von ihr als angemessen erachteten Beträge für die Zeit v. 1. April 1927 bis 31. März 1929 Klage erhoben, während die Bekl. nur die Mietszahlung gewährte, die dem Vertrage entsprach. In jenem Rechtsstreit ist die Klage abgewiesen worden, und zwar rechtskräftig nach Erlaß des RevUrt. v. 30. Mai 1929 (RG. 125, 3).

Am 1. Juli 1930 hat die Kl. der Bekl. das Mietverhältnis zum 1. Okt. 1930 gekündigt und Räumungsklage gegen die Bekl. erhoben. Das LG. hat abgewiesen, KG. und RG. die Bekl. zur Räumung verurteilt.

Der BerR. ist davon ausgegangen, daß der Vertragsschluß v. 7./8. Juni 1923 der Schriftform des § 566 BGB. nicht genüge, und daß es auch in der Folge bei diesem Mangel geblieben sei. Von diesem Gesichtspunkt aus hat er der Kündigung v. 1. Juli 1930 Wirkung beigemessen.

Nach Meinung der Rev. steht dieser Auffassung aus dem Vorprozeß der Einwand der Rechtskraft entgegen. Diese Rüge knüpft an den Umstand an, daß in der früheren Revisionsverhandlung auf Anregung des Sen. zur Erörterung gekommen ist, ob nicht der Mietvertrag v. 7./8. Juni 1923 gegen die §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 1 ValSpekVO. v. 8. Mai 1923 verstoßen habe. Das Urt. des Sen. v. 30. Mai 1929 läßt unentschieden, ob die so herbeigeführte Nichtigkeit des Vertrags, etwa dadurch wieder beseitigt sei, daß nach der VO. v. 22. Febr. 1927 alle Devisenvorschriften aufgehoben wurden. In diesem Zusammenhang fährt das Urteil fort: „Gegen die Gültigkeit der Vereinbarungen v. 7. Juni 1923 hat keine der Parteien jemals eine Einwendung aus den Vorschriften über den Verkehr mit Devisen erhoben. Auch im Rechtsstreit gingen beide ständig von der Rechtswirksamkeit des ursprünglichen Vertrages aus. Selbst in der Revisionsverhandlung sind trotz Hinweises auf die bestehenden Bedenken Einwendungen nicht erfolgt. Daraus ist zu entnehmen, daß die Parteien das Geschäft auch heute noch gelten lassen wollen. In diesem klar zutage liegenden Willen ist aber eine Bestätigung des ursprünglich nichtigen Geschäfts i. S. des § 141 BGB. zu erblicken. Damit entfallen die aus den Devisenvorschriften etwa abzuleitenden Bedenken." Der BerR. hat mit Recht von der Hand gewiesen, daß aus diesen Ausführungen ein der Rechtskraft teilhaftiger Ausspruch des Inhalts entnommen werden könne, der Mietsvertrag bestehe unkündbar über den 1. Okt. 1930 hinaus. Nach § 322 Abs. 1 ZPO. sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage (oder durch die Widerklage) erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Die Entsch. des Vorstreits geht dahin, daß der dort von der Kl. geltend gemachte Anspruch auf eine höhere als die vertraglich am 7./8. Juni 1923 bestimmte Miete für die Zeit v. 1. April 1927 bis 31. März 1929 nicht besteht. Wird diese Entsch., wie die Rev. meint, auch auf die Erwägung gestützt, daß der ursprünglich nichtige Vertrag wirksam bestätigt und deshalb fähig sei, Grundlage der Mietzinsforderung zu sein, so erwächst einmal dieser Entscheidungsgrund nicht selbständig in Rechtskraft (RG. 50, 273; 94, 195; 109, 153[1]); 110, 388[2])). Sodann ist aber mit der Annahme der Bestätigung in dem früheren Urteil auch keineswegs ausgesprochen, daß für die hier streitige Zeitspanne der Vertrag, und zwar unkündbar, wirksam geworden sei.

Bei ihren weiteren Angriffen verkennt die Rev. den für den BerR. entscheidenden Gesichtspunkt. Der BerR. unterstellt, durch das Verhalten der Parteien während des früheren Prozesses, insbes. auch in der RevInst., sei der Mietvertrag bestätigt worden. Diese Bestätigung habe aber den früheren Vertrag nur insoweit herstellen können, als er, angesichts des Formmangels im Abschluß, überhaupt Wirkungskraft besessen habe. Wenn die Rev. dieser Erwägung gegenüber auf die Vorschrift des § 141 Abs. 2 BGB. Bezug nimmt, so ist das irrig. Diese Bestimmung ersetzt die Rückwirkung der Bestätigung, die für den nichtigen Vertrag im Gegensatz zu dem anfechtbaren (§ 144 Abs. 1 BGB.) das Gesetz grundsätzlich versagt, durch eine im Zweifelsfall eintretende Verpflichtung der Parteien, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Da

hat sich freilich nicht bewährt. Mit gutem Grunde sieht darum der ZPOEntw. 1931 die Rückkehr zu der früheren Rechtsgestaltung vor.

II. Dem unrichtigerweise ergangenen Zwischenurteil ist mit Recht die selbständige Anfechtbarkeit abgesprochen worden. Daß ein gesetzesmäßig nach § 303 ZPO. erlassenes Zwischenurteil nur mit dem gegen das Endurteil eingelegten Rechtsmittel bekämpft werden könnte, ist gewiß. Dies allein entscheidet freilich nicht. Denn gegenüber dem unzulässigen Zwischenurteil ist auch derjenige Rechtsbehelf zu gewähren, der gegen die richtigerweise ergangene Entsch. gegeben wäre. Richtigerweise aber müßte die Zwischenentscheidung im Endurteil enthalten sein, und sie könnte dann nur mit der gegen das Endurteil gerichteten Berufung bekämpft werden. Sonach ist unter keinem Gesichtspunkte gegen das gesetzwidrige Zwischenurteil die Möglichkeit eines Angriffs eröffnet.

SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

[1]) JW. 1913, 877.

[1]) JW. 1925, 1489. [2]) JW. 1925, 1623.

die Parteien im vorliegenden Fall den Vertrag von Anfang an als gültig behandelt haben, ist die Vorschrift hier gegenstandslos. Es kann daraus sicherlich nicht hergeleitet werden, daß die formlose Bestätigung eines formbedürftigen und daher i. S. von § 566 BGB. minder wirksamen Vertrags den Formmangel heilt und dem bestätigten Vertrag Vollwirksamkeit gibt.

In diesem Zusammenhang stellt die Rev. zur Nachprüfung, ob denn die hier vorliegende Bestätigung nicht der Formvorschrift des § 566 BGB. deshalb genüge, weil es sich um vor Gericht abgegebene Erklärungen handelt. Insoweit kommt nur das Verhalten der Parteien in der RevInst. des Vorprozesses in Frage. Zunächst hat aber der BerR. ohne Rechtsirrtum angenommen, für Willenserklärungen im gerichtlichen Verfahren werde die im Bürgerlichen Recht für solche Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Form durch Abgabe im Rahmen des Prozesses nur dann ersetzt, wenn sie Bestandteil eines prozessualen Rechtsgeschäfts sind und dessen im Verfahrensrecht vorgeschriebene Form wahren (RG. 48, 18; 64, 83). Für die im vorliegenden Fall im Rahmen formloser Rechtserörterung abgegebenen Erklärungen trifft das nicht zu; es handelte sich aber überhaupt nicht um rechtsgeschäftlich bestimmende Erklärungen der Prozeßbevollmächtigten; vielmehr ergab sich lediglich aus dem gesamten bis in die RevInst. durchgeführten Prozeßverhalten der Parteien als damals unstreitiger Sachverhalt, daß die Parteien an dem Mietvertrag trotz dessen ursprünglicher Nichtigkeit nach dem Fortfall der ihm entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften haben festhalten wollen. Der BerR. hat also die von ihm angenommene Bestätigung des ursprünglichen Mietvertrags mit Recht als eine formlose angesehen. Ob die Wahrung der Form bei einer Bestätigung des nach § 134 nichtigen Vertrages zu fordern ist, wenn der bestätigte Vertrag formgerecht war, kann dahinstehen. Jedenfalls bedarf die Bestätigung (Neuvornahme) eines formbedürftigen und formfehlerhaft abgeschlossenen Geschäfts des Abschlusses in der vorgeschriebenen Form (RG. 115, 12)[3]). Dafür macht es keinen Unterschied, ob die Form zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts überhaupt erforderlich ist oder nur wie nach § 566 BGB. die Vollwirkung bedingt.

Der BerR. hat deshalb mit Recht angenommen, daß ohne Rücksicht auf die Bestätigungsvorgänge an der Hand des ursprünglichen Mietvertrags zu prüfen war, ob ein i. S. von § 566 BGB. formgerechter oder wegen Formverfehlung nur ein auf Kündigung gestellter Vertrag vorliege. In dieser Hinsicht hat der BerR. in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. angenommen, daß die zu einem wesentlichen Punkte, dem Mietzins, nur durch Briefwechsel verlautbarte Einigung der Formvorschrift der §§ 566, 126 BGB. nicht genügt (RG. 59, 245; 95, 84; 105, 60; Urt. VIII 452/29 v. 12. Dez. 1929; JW. 1929, 3224). Daraus ergibt sich angesichts der ausgesprochenen Kündigung die von dem BerR. gefällte Entsch.

(U. v. 17. Sept. 1931; 107/31 VIII. — Berlin.) [H.]

9. §§ 415 ff., 402 ff., 286, 287 ZPO. **Unterrichtung des Gerichts über allgemeine Erfahrungssätze auf irgendeinem Wissensgebiet durch Herbeiziehung von Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren ohne Antrag einer Partei von Amts wegen. Das ist nicht Sachverständigen-, sondern Urkundenbeweis. Daher keine Widerspruchsmöglichkeit einer Partei, kein Ablehnungsrecht wegen Befangenheit der Sachverständigen, keine Anwendung der Vorschriften über die Beeidigung.†)**

(U. v. 10. März 1931; 163/30 III. — Düsseldorf.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1931, 1477[17].

---

[3]) JW. 1927, 965.

Zu 9. A. Über die Richtigkeit des Grundsatzes, mit dem das RG. der Rev. entgegentritt, kann ein Zweifel nicht bestehen. Verwertet ein Gericht Gutachten, die im Verlaufe anderer Prozesse oder wesensverschiedener Verfahren erstattet worden sind, so können diese Gutachten, wenn überhaupt, so nur im Wege des Urkundenbeweises Urteilsgrundlage werden. Es ist ferner unerheblich, ob die fraglichen Akten von den Parteien vorgelegt oder durch Bezugnahme eingeführt worden sind, oder ob das Gericht sie von Amts wegen herangezogen hat. Steht in der Tat nur ein Gutachten über Erfahrungssätze, nicht auch Feststellung von Tatsachen in Frage, so kennt die Beweisaufnahme, die insoweit aus anderer Sphäre als diejenige erforderlicher Parteihandlung und -verhandlung stammt, nicht die Schranken der Verhandlungsmaxime. Urkundenbeweis ist aber außerdem nach feststehender Lehre und Praxis innerhalb gewisser hier nicht näher interessierender Grenzen als Ersatz für Zeugen- und Sachverständigenvernehmung ganz allgemein zulässig. Da nun die gesetzlich geordneten Angriffe insbes. beim Sachverständigenbeweis von der interessierten Partei der Form nach nur gegen das Beweismittel gerichtet werden können (z. B. Ablehnung des Sachverständigen), so werden sie bei Verwendung eines anderen Beweismittels formell gegenstandslos. Tritt also eine Urkunde an die Stelle einer Vernehmung, so vermag das Vorbringen der Partei, wie das RG. richtig hervorhebt, nur noch den Beweiswert zu treffen, nicht aber die Verwendung der Urkunde ebenso auszuschließen, wie die berechtigte Ablehnung des Sachverständigen dessen Vernehmung verhindern kann. Wenn das RG. schließlich das Recht des Prozeßgerichts anerkennt, weitere Beweisaufnahme abzulehnen, sobald es im Verlauf des Verfahrens eine unerschütterliche Überzeugung bezüglich der zu beweisenden Tatsachen gewonnen hat, so folgt es auch in dieser Beziehung wohlbegründeter communis opinio.

Die Entscheidungsgründe des RG. lassen allerdings das Verfahren der Vorinstanzen nicht deutlich und vollständig genug erkennen, um die kritische Sonde tiefer anzusetzen. Man empfindet das Bedürfnis dies zu tun, weil ein lediglich nach den hervorgehobenen Grundsätzen konstruierter Vorgang unverkennbar zu bedenklichem Ergebnis führen kann: es wäre nämlich möglich, daß sich das Verfahren vor dem Gericht im wesentlichen darin erschöpft, das in einem anderen, dazu noch nicht einmal judiziellen Verfahren gewonnene Ergebnis als Urteilsgrundlage zu übernehmen. Bedenklich wäre das ganz besonders in den Fällen, in denen der Rechtsweg zur Gewährleistung des Rechtsschutzes gegenüber dem Verwaltungsverfahren offengehalten wird. Dieser Empfindung scheint auch das RG. in seinen weiteren Ausführungen Rechnung tragen zu wollen, ohne jedoch klar zum Ausdruck zu bringen, wo die Angriffspunkte gegen mißbräuchliche Ersetzung jeglicher Zeugen- und Sachverständigenvernehmung durch Urkundenbeweis liegen.

Wenn die Ersetzung im einzelnen zweifellos zulässig ist, so folgt daraus jedenfalls noch nicht ohne weiteres, daß die gänzliche Umgehung aller anderen Beweismittel zugunsten des Urkundenbeweises nicht einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit (§ 355 ZPO.) bedeutet. Das wird überall dort in Betracht zu ziehen sein, wo die Vernehmung geeignet ist, gegenüber einer bei anderer Gelegenheit gemachten Aussage besondere Ergebnisse zu liefern. So beim Zeugen-, weniger beim Sachverständigenbeweis. In unserem Fall dürfte jedoch eher eine andere Erwägung eine Rolle spielen, die anscheinend auch dem RG. vorgeschwebt hat. Das Sachverständigengutachten, insbes. das medizinische, vermittelt nämlich wie in der Regel, so auch im gegenwärtigen Falle nicht nur Erfahrungssätze, sondern ist auch bestimmt, durch Untersuchung die gegenwärtigen Krankheitserscheinungen festzustellen, aus denen durch Erfahrungssätze der Medizin Schlüsse auf die Ursachen der Krankheit und ihre Entwicklung gezogen werden müssen. Gewiß war für eine lange vor den Unfällen liegende Zeit krankhafte Veranlagung festgestellt und lagen auch für die Zeit nach Eintritt der Dienstunfähigkeit Gutachten vor, die Rückschlüsse der genannten Art enthielten. Das konnte aber das Gericht nicht der Notwendigkeit überheben, die Frage des Kausalzusammenhanges vom Standpunkt des für den Prozeß gegenwärtigen Krankheitsbefundes zu beantworten. Dieses Bedenken scheint das RG. durch die Feststellung ausräumen zu wollen, daß das Gericht durch unmittelbare eigene Wahrnehmung den Zustand des Kl. ermittelt habe. Das ist nicht gerade überzeugend, man wird es aber ohne Kenntnis der Urteilsgründe des BG. auch nicht ohne weiteres in Abrede stellen dürfen: möglicherweise bestätigte die richterliche Wahrnehmung den Ausgangspunkt und die Feststellungen der benutzten Gutachten.

Der nicht mit abgedruckte Teil des reichsgerichtlichen Urteils läßt erkennen, daß den Vorinstanzen auch Gutachten vorgelegen haben, die vom Kl. eingereicht worden waren, so daß das gesamte Material sehr wohl eine objektive Urteilsgrundlage abgegeben haben kann. Trotzdem wird man das geübte Verfahren nicht als Vorbild für gleichartige Prozesse preisen können. Aber prozeßordnungswidrig war es nicht.

Nicht unterdrücken möchte ich schließlich Bedenken gegen die Fassung eines Satzes der reichsgerichtlichen Begründung. Es wird da gesagt, dem RG. sei die Nachprüfung der Feststellung entzogen, daß der Kl. an einer Geisteskrankheit im medizinischen Sinne leidet, die mit den Unfällen in keinerlei Zusammenhang steht. Diese Feststellung der Vorinstanz beruht jedoch offenbar nicht nur auf „tatsächlicher Würdigung“, sondern auch auf Subsumtion unter Erfahrungssätze, deren Anwendung nach herrschender Meinung der Nachprüfung durch das RevG. sehr wohl unterworfen ist. Das RG. hätte hinsichtlich des Kausalzusammenhanges auf Grund der Belehrung durch die Sachverständigengutachten oder auf Grund eigener oder irgendwie erworbener „Wissenschaft“ zu einer anderen Auffassung kommen können. Doch scheint der fragliche Ausspruch sich im wesentlichen auf die festgestellten Krankheitserscheinungen und darauf zu beziehen, daß die

10. § 519 ZPO. Die Nachweisfrist muß angemessen sein.†)

Wie in der Entsch. des 7. ZivSen. v. 10. Febr. 1928, VII B 7/28, JW. 1928, 1055 ausgesprochen ist, und wie auch von Stein-Jonas, A 2 d u. e und N. 28 a zu § 519 ZPO. angenommen wird, muß die Nachweisfrist eine angemessene sein, damit sie ihren Zweck erfüllt. Die zuerst gesetzte Frist kann dabei nur in Betracht kommen, wenn es sich um die Leistung der nach dieser Frist geforderten Zahlung handelt, nicht aber wenn die erste Zahlungsanforderung durch eine neue hinfällig geworden ist, wenn nicht der verbleibende Rest der Frist auch noch zur Erfüllung der neuen Zahlungsaufforderung ausreicht. Es kann daher dem Kostenschuldner nicht entgegengehalten werden, die erste Frist sei ausreichend gewesen, damit er die Zahlung vorbereiten könne. Da seine Prozeßbevollmächtigten schon am 23. Okt. auf die offenbare Unrichtigkeit der Kostenanforderung hingewiesen hatten, konnte der BerKl. nach dem üblichen Geschäftsgang damit rechnen, daß ihm eine neue Kostenanforderung so rechtzeitig zugehen werde, daß er nach ihrem Eingang die Zahlung vorbereiten könne, oder daß bei verspäteter Aufforderung ihm eine neue Frist gesetzt werde. Dies um so mehr, als heute die Aufbringung auch einer kleineren Summe nicht leicht ist und niemand Geld auch nur auf einige Wochen für eine noch ungewisse Zahlung bereitlegt. Bei Bemessung der Frist muß auch berücksichtigt werden, daß auch ein kleiner Geschäftsmann gelegentlich mehrere Tage auswärts ist, ohne einen Vertreter zurücklassen zu können. Geht man hiervon aus, so blieb dem BerKl. keine angemessene Frist, wenn die neue Kostenanforderung erst am 12. Nov. an ihn abgesandt wurde. Da er an einem kleinen Platze wohnt, ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß ihm die Nachricht erst am 14. Nov. zuging. Da der Nachweis der Zahlung schon am 15. Nov. in der Hand des Gerichts in H. sein mußte, wäre ihm überhaupt kein Spielraum zur Beschaffung des Geldes, Einzahlung und Nachweis geblieben. Die Versäumung der gesetzten Frist war daher nicht geeignet, die Verwerfung des Rechtsmittels zu begründen. Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben und da der BerKl. den Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr inzwischen erbracht hat, ohne daß es einer nochmaligen — zwecklosen — Fristsetzung bedurfte, die Berufung für zulässig zu erklären.

(Beschl. v. 20. Jan. 1931; II B 2/31. — Hamm.)

11. § 519 Abs. 6 ZPO.

1. Der in Ziff. IV der RundV. des PrJustMin. v. 18. Juni 1923 geregelte Kostenabrechnungsverkehr eignet sich für den Zahlungsnachweis gem. § 519 Abs. 6 ZPO. nicht, weil die Zahlung erst dadurch erfolgt, daß die Gerichtskasse den Betrag von dem Abrechnungskonto abbucht.

2. Der Nachweis der Zahlung muß dem Gericht, nicht nur dem Urkundsbeamten geführt werden.

3. Zum Nachweis der Zahlung genügt es, ebenso wie bei der Zahlung durch Postscheck, wenn innerhalb der Frist die Stellung des Abbuchungsantrages nachgewiesen wird, sofern die Abbuchung auch noch innerhalb der Frist geschieht, mag auch die Nachricht von der Abbuchung erst später eingehen.†)

Das OLG. hat durch den Beschl. v. 6. Juni 1931 die

Ablehnung weiterer Beweisaufnahme keinen Prozeßverstoß darstellt, wenn das Gericht eine feste, unerschütterliche Überzeugung gewonnen hat — und die Ablehnung damit begründet.

PrivDoz. Dr. Juncker, Bonn.

B. Wenn Juncker die Richtigkeit des vom RG. hier vertretenen Grundsatzes für unzweifelhaft ansieht, das Verfahren für prozessual zulässig hält, so übergeht er die Gesichtspunkte, welche mir zu Beanstandung Anlaß geben. Freilich ist auch ihm bewußt, daß das hier gebilligte Verfahren Bedenken hervorrufen könne und, wie auch das RG. zum Ausdruck bringt, nicht wahllos zur Anwendung kommen sollte.

Sachverständigengutachten, die in einem andern Prozesse abgegeben sind, können nicht als beweiskräftige Urkunden i. S. des IX. Titels der ZPO. gelten, wenn es sich um zu begutachtende wissenschaftlich, technische oder ähnlicher Fragen handelt. Sie liefern, soweit § 415 ZPO. in Frage kommt, vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs, also der Abgabe des Gutachtens; soweit § 416 ZPO. in Betracht kommt, den Beweis, daß die Erklärung des betr. Inhaltes abgegeben worden ist. Nach diesen Bestimmungen kann aber aus dem Bestehen der Urkunde niemals entnommen werden, daß die darin enthaltene Erklärung objektiv richtig ist, worauf es bei der in Frage stehenden Beweiserhebung gerade ankommt. Freilich werden die Gutachten — auch eines anderen Prozesses — ein großes Maß von objektiver Richtigkeit gewährleisten; nach dem Gesagten können sie aber dennoch nicht die formellen Erfordernisse eines Urkundenbeweises für die zu klärenden Fragen erfüllen, da ein Urkundenbeweis im prozessualen Sinne darüber unmöglich und undenkbar ist.

Als allgemeine Erfahrungssätze können Tatsachen, über welche Sachverständigengutachten erhoben werden, wohl nicht gelten. Das Gericht ist deshalb bei ihrer Ergründung an das Beweisverfahren der ZPO. gebunden.

Praktische Erwägungen könnten allerdings dazu führen, ein Gutachten aus einem andern Prozesse zu verwerten, doch wird dadurch das Recht der Partei, soweit ihr eine Mitwirkung bei Durchführung des Beweisverfahrens zusteht, beschränkt. Im vorliegenden Prozesse handelt es sich freilich wenigstens um dieselbe Partei. Soweit ich ermittelte, vertritt aber das RG. in einer Reihe von andern Entsch. die gleiche Auffassung, wo es sich wohl auch um verschiedene Parteien handelt. Auf diese Weise entfällt die Möglichkeit der Mitwirkung bei der Auswahl der Sachverständigen, der Ablehnung wegen Befangenheit, der Stellung von Fragen an den Sachverständigen. Auch an der Beeidigung des Gutachtens wird es manchmal fehlen. Die Partei hat u. U. die Nachlässigkeit und Unerfahrenheit einer Partei des andern Verfahrens zu büßen. Es wäre sogar der Fall denkbar, daß die Begutachtung im andern Prozesse absichtlich von den Parteien irregeleitet worden ist, um in dem vorliegenden Prozeß damit eine unrichtige Entsch. zu erzielen.

Ich halte die Benutzung eines Gutachtens aus einem anderen Prozeß mit Rücksicht auf die Vorschriften der ZPO. für unzulässig. Das Gericht kann lediglich die Parteien auf jenes Gutachten hinweisen. Falls die Beiziehung zugelassen werden sollte, so wäre dies an gewisse Kautelen, wie Beeidigung, nicht sehr weites Zurückliegen des Gutachtens, verhältnismäßig klare und einfache Gutachtensfragen, zu knüpfen.

RA. Oßwald, Oberkirch.

C. Gegen die Entsch. besteht m. E. ein Bedenken nicht einfach dogmatischer, sondern ganz grundsätzlich erkenntnistheoretischer Art (das übrigens offenbar in gewissem Umfang selbst Juncker, der das Ergebnis der Entsch. nicht ablehnt, gekommen zu sein scheint und ihn veranlaßt hat, zur Rechtfertigung der Ansicht des RG. etwas tiefer zu schürfen als dieses selbst): Wenn auch an sich das Gericht ein Sachverständigengutachten in der Form des Urkundenbeweises erlangen kann, so bleibt doch zu berücksichtigen, daß die einzelnen von der ZPO. unterschiedenen Beweismittel nicht logisch völlig voneinander unabhängig sind, und daß auch der Gesetzgeber gewußt haben muß, daß sie sich teilweise formal-logisch untereinander subsumieren lassen; dementsprechend ist die formelle Ausgestaltung der einzelnen Beweismittel keine Eigenschaft, die ihnen mit begrifflicher Notwendigkeit zukommt, sondern beruht zu erheblichem Teile auf taktischen oder psychologischen Erwägungen über ihre Aufgabe im Rechtsstreit. Ist aber die gesetzgeberische Synthese nicht lediglich formal-logisch erfolgt, so verbietet sich ein solches Vorgehen auch für die Analyse der Bestimmungen durch die Rechtsprechung. Es muß also berücksichtigt werden, daß der Gesetzgeber, ohne sie mit zwingender Logik im Gesetz zu verankern, für jedes einzelne Beweismittel gewisse Sicherungsvorschriften für erforderlich gehalten hat, um den psychischen Vorgang, der sich bei dem Gericht im Verfolg der Beweisaufnahme vollzieht, innerhalb bestimmter, von ihm, dem Gesetzgeber, gewollter Grenzen zu halten; diesen Sicherungen darf der Richter sich nicht dadurch entziehen, daß er die Voraussetzungen schafft, um ein Beweismittel in den freieren Formen eines anderen Beweismittels erheben zu können. Für den vorliegenden Fall heißt das: Die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis müssen nicht nur dann Anwendung finden, wenn um die Vernehmung eines Sachverständigen nicht herumzukommen ist, sondern stets dann, wenn ein Beweis erhoben werden soll, der den spezifischen Gegenstand des Sachverständigenbeweises bildet. Damit aber verbietet sich die Ersetzung des Sachverständigen- durch den Urkundenbeweis.

Dr. Ernst Nebenzahl, Frankfurt a. M.

Zu 10. Die Entsch. verdient volle Zustimmung: Die Fristsetzung des Vorsitzenden ist lex imperfecta, solange nicht eine Kostenanforderung durch die Geschäftsstelle ergangen ist. Wird die Kostenanforderung berichtigt, so beginnt erst mit dem Zugang der berichtigten Forderung die Frist, und es ist nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Berichtigung zu prüfen, ob die noch bleibende Frist angemessen ist oder nicht.

RA. Theodor Sonnen, Berlin.

Zu 11. Die Entsch. nimmt zweifellos mit Recht an, daß die Zahlungsnachweisfrist versäumt worden ist. Dagegen erscheint mir die

Ber. des Kl. gegen das Urt. der 3. ZK. des LG. in Frankfurt a. M. v. 13. März 1931 als unzulässig verworfen, weil der Kl. es versäumt habe, rechtzeitig die Zahlung der von ihm erforderten Prozeßgebühr nachzuweisen. Und durch Beschluß v. 29. Juni 1931 hat es auch den Antrag des Kl., ihn gegen die Versäumung der für den Nachweis der Zahlung gesetzten Frist in den vorigen Stand wiedereinzusetzen, zurückgewiesen. Gegen beide Beschlüsse hat der Kl. sofortige Beschwerde eingelegt. Beide Beschwerden sind zulässig, aber unbegründet.

Der ProzBev. des Kl. hat zur Zahlung der Prozeßgebühr und zum Nachweis dieser Zahlung den in Ziff. IV der RundV. des PrJustMin. v. 18. Juni 1923 (Renk, Kassenordnung S. 266) geregelten Kostenabrechnungsverkehr gewählt. Demgemäß hat er am 20. Mai 1931 bei der Geschäftsstelle des OLG. den Antrag eingereicht, den Betrag der Prozeßgebühr von seinem Abrechnungskonto bei der Gerichtskasse in Frankfurt a. M. abzubuchen, und hat in dem Antrage auch die Haftung für den Eingang des Betrages übernommen. Die Geschäftsstelle hat darauf die Gerichtskasse um die Abbuchung ersucht, und diese hat den Betrag am 23. Mai 1931 von dem Guthaben des ProzBev. abgebucht und in der Mitteilung hiervon, die erst am 26. Mai 1931 bei der Geschäftsstelle des OLG. eingegangen ist, richtig bemerkt, daß damit der Betrag als gezahlt gelte.

Der ProzBev. hat sich damit eines Verf. bedient, das sich für den Zahlungsnachweis gem. § 519 Abs. 6 ZPO. nicht eignet, jedenfalls dann nicht eignet, wenn der Ablauf der Frist nahe ist, und das auch, wie das OLG. in dem zweiten Beschl. feststellt, bei dem OLG. für den erwähnten Zahlungsnachweis sehr selten benutzt wird. Mit Recht führt das OLG. in dem zweiten Beschl. aus, daß bei diesem Verf. die Zahlung erst dadurch erfolgt, daß die Gerichtskasse auf Grund des ihr von der Geschäftsstelle des OLG. übersandten Abbuchungsantrages den Betrag von dem Abrechnungskonto abbucht. Die RundV. sagt nicht, daß die Einreichung des Kostenabrechnungszettels bei der Geschäftsstelle als ein Zahlungsnachweis i. S. des § 519 Abs. 6 ZPO. gelten solle; sie wäre zu einer solchen, die zwingende Vorschr. des § 519 Abs. 6 abändernden Bestimmung auch nicht imstande gewesen. Sie empfiehlt nur den Gerichten, in Fällen, in denen von der Zahlung der Kosten die Vornahme einer gerichtl. Handlung abhängt, den Nachweis der Zahlung, wenn nicht besondere Bedenken bestehen, als erbracht anzusehen und gegebenenfalls die von der Zahlung abhängig gemachte gerichtl. Handlung unabhängig davon vorzunehmen, ob sich demnächst die Abbuchung als möglich erweist oder nicht. Die Vfg. bezeichnet sich auch selbst in ihrer Überschrift als RundV. über die Erhebung von Gebühren und Vorschüssen, „von deren Zahlung die Vornahme einer gerichtl. Handlung abhängt". Im Falle des § 519 Abs. 6, in dem keine Handlung des Gerichts von einer Kostenzahlung abhängig gemacht wird, ist für die Befolgung der Empfehlung des PrJustMin. überhaupt kein Raum. Hier gilt die zwingende Vorschr., daß die Ber. als nicht in der gesetzl. Form begründet gilt, wenn nicht binnen der Frist die Zahlung nachgewiesen wird.

Diese Rechtslage bezeichnet das OLG. mit Recht als für jeden Rechtskundigen völlig klar. Auch der ProzBev. des Kl. hätte deshalb bei der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen müssen, daß erst der Nachweis der Abbuchung von dem Abbuchungskonto die Frist des § 519 Abs. 6 wahren konnte. Der BeschwF. meint, es sei „gänzlich unerfindlich", wie das OLG. einen Gerichtsgebrauch, wonach der Kassenscheck als Zahlung angenommen werde, als nicht nachweisbar bezeichnen könne, und es sei „restlos unerfindlich", wie gegenüber der Tatsache, daß solche Kassenschecks bisher in keinem Falle zurückgewiesen worden seien, die von ihm behauptete Übung von dem OLG. bestritten werden könne. Diese Ausführungen sind abwegig, da das OLG. gar nicht sagt, daß Kassenschecks zurückgewiesen worden seien, und es auch nirgends bestreitet, daß in den Fällen, auf die sich die RundV. bezieht, die Gerichte regelmäßig so verfahren, wie es die RundV. empfiehlt. Die von dem BeschwF. gebrauchten starken Ausdrücke können nicht darüber hinwegtäuschen, daß der ProzBev. sich eines Verf. bedient hat, das für den vorl. Fall nicht geeignet war, und daß er, wenn er die Rechtslage verkannt hat, es an der gebotenen sorgfältigen Prüfung hat fehlen lassen.

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle sofort bei Empfangnahme des Abbuchungsantrages am 20. Mai 1931 die ihm vom ProzBev. des Kl. vorgelegte Quittung, daß „heute der Nachweis der Zahlung eingegangen" sei, unterzeichnet und zurückgegeben hat. Mit Recht weist das OLG. darauf hin, daß nicht etwa der Urkundsbeamte durch die Quittung den Anwalt in den Irrtum versetzt hat, daß schon die Einreichung des Abbuchungsantrages mit Haftungsübernahme durch den Anwalt eine vollendete Zahlung der Prozeßgebühr nachgewiesen habe. Und der BeschwF. verkennt den § 519 Abs. 6 ZPO., wenn er meint, der Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr brauche nur dem Urkundsbeamten und nicht dem Gericht geführt zu werden.

Hätte der Anwalt von dem Urkundsbeamten die Quittung erst in einem so viel späteren Zeitpunkt unterschrieben zurückerhalten, daß er hätte annehmen können, inzwischen sei sein Antrag zur Gerichtskasse gelangt, dort die Abbuchung von seinem Konto vorgenommen worden und der Nachweis darüber an das OLG. zurückgekommen, dann wäre er vielleicht ohne alles Verschulden auf seiner Seite in den Irrtum versetzt worden, daß der Nachweis der vollzogenen Abbuchung bei dem OLG. eingegangen sei. Aber einen solchen Sachverhalt behauptet die Beschwerde nicht und kann sie nicht behaupten, weil die Quittung sofort an demselben Tage, an dem der Anwalt seinen Abbuchungsantrag eingereicht hat, an ihn zurückgelangt ist. Unter diesen Umständen konnte der Anwalt nicht annehmen, daß tatsächlich die erfolgte Abbuchung schon am 20. Mai 1931 dem Gericht nachgewiesen sei.

Das OLG. führt (im zweiten Beschl. zu V) aus, der Kl. (richtiger: sein Anwalt) habe sich nicht darauf verlassen dürfen, daß noch bis zum 22. Mai 1931 die Abbuchung geschehen und der Nachweis der Abbuchung zur Geschäftsstelle des OLG. gelangen werde; denn es habe bei weitem nicht mehr so viel Zeit zur Verfügung gestanden, daß er dem weiteren Verlauf untätig hätte zusehen dürfen, wie etwa im Falle RG.: JW. 1928, 1859[10]. Die zu stellenden Anforderungen waren sogar noch geringere. Es hätte genügt, wenn der Kl. den Abbuchungsantrag so frühzeitig eingereicht hätte, daß er sich darauf hätte verlassen dürfen, nur die Buchung werde bis zum 22. Mai sicher noch geschehen. Denn zum Nachweise der Zahlung genügt es, ebenso wie bei der Zahlung durch Postscheck, wenn innerhalb der Frist die Stellung des Abbuchungsantrages nachgewiesen wird, sofern die Abbuchung auch noch innerhalb der Frist geschieht, mag auch die Nachricht von der Abbuchung erst später eingehen. Im vorl. Fall aber hat der Anwalt den Antrag erst so spät eingereicht, daß eine geringe Geschäftsstockung, wie sie alle Tage und besonders vor Feiertagen vorkommen kann, genügte, um die Abbuchung über die Frist hinaus zu verzögern.

(Beschl. v. 5. Okt. 1931; IX B 12/31 und IX B 15/31. — Frankfurt a. M.) [H.]

12. §§ 546 Abs. 2, 3 ZPO. Grundsätze für die Berechnung des Beschwerdewertes bei Klagen gegen die Gültigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung, insbes. bei Anfechtungs-

---

Ablehnung der Wiedereinsetzung nicht begründet. Der klägerische Anwalt konnte sich m. E. sehr wohl darauf verlassen, daß die am 20. Mai beantragte Abbuchung bis zum 22. Mai sicher noch geschehen werde. Die Geschäftsstockung, welche die Abbuchung verzögert hat, ist nicht „gering" und darf nicht „alle Tage" vorkommen. Weshalb die Pfingstfeiertage v. 24. u. 25. Mai schon den Geschäftsgang der Geschäftsstelle und Gerichtskasse v. 20. bis 22. Mai beeinflussen sollten, ist nicht einzusehen. Jedenfalls brauchte mit einer derartigen Verzögerung nicht gerechnet zu werden. Man muß sich bei einem solchen Abbuchungsantrag ebenso wie bei einem Armenrechtsgesuche zur Einlegung eines Rechtsmittels auf ordnungsmäßige Erledigung bei Einrechnung geringer Verzögerung verlassen können. Wenn bei Beantragung des Armenrechts das RG. eine Frist von 5 bis 6 Tagen für die Heranziehung der Akten, die Vorbereitung durch den Berichterstatter, die Beschlußfassung durch das Kollegium, die Zustellung des Beschl. und die Einlegung des Rechtsmittels durch den bestellten Armenanwalt für ausreichend hält und Verzögerung darüber hinaus für einen unabwendbaren Zufall erklärt (HöchstRRspr. 1930 Nr. 651), so müssen doch 3 Tage für die Erledigung einer beantragten Abbuchung ausreichen.

RA. Willy Reinberger, Berlin.

und Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse einer Gewerkenversammlung; Bedeutung des Kurswertes der Gesellschaftsanteile für die Berechnung.†)

Die Rev. scheitert am Fehlen des erforderlichen Beschwerdegegenstandes von mehr als 6000 *RM* (§ 546 ZPO.; VO. v. 8. Febr. 1929). Die Parteien sind darüber einig, daß in der vorliegenden Sache der Wert des Beschwerdegegenstandes gemäß §§ 546 Abs. 2, 3 ZPO. vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen ist auf der Grundlage des Vermögensinteresses, welches der Kl. am Ausgange des Rechtsstreits hat, und daß sich dies Interesse nach dem Maße seiner gewerkschaftlichen Beteiligung — und zwar nur seiner, nicht auch der weiterer Gewerken — bestimmt. Eine Vorschrift, welche die Zulässigkeit der Rev. von dem Werte des Beschwerdegegenstandes unabhängig machte (wie für aktienrechtliche Anfechtungsklagen die des § 272 Abs. 2 Satz 1 HGB. i. Verb. m. § 547 Abs. 2 ZPO.), kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht. Der maßgebende Zeitpunkt ist nach § 4 ZPO. der der Revisionseinlegung, der 1. Dez. 1930. Unstreitig war und ist der Kl. an der bekl. Gewerkschaft mit drei Kuxen beteiligt.

Im Schrifttum findet sich die Ansicht vertreten, daß bei Klagen, die sich gegen die Gültigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung richten, das Vermögensinteresse des Kl. nach oben durch den Kurswert seiner Gesellschaftsanteile (Aktien, Kuxe usw.) begrenzt werde (vgl. Staub-Pinner, zu § 272 HGB. Anm. 16; Friedländer, DGKG. [1928] §§ 9—15, Erl. 235 C II[11] S. 160). Diese Ansicht hat den praktischen Vorteil für sich, daß sie eine schnelle und sichere Festsetzung des Streitwerts ermöglicht. Sie würde im vorliegenden Falle zuungunsten des Kl. entscheiden; denn unstreitig hat der Kurswert der Kuxe von Be. am 1. Dez. 1930 nur etwa 1500 *RM* betragen, wie er auch schon längere Zeit vorher unter 2000 *RM* gesunken war und später bis zum Tage der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. erheblich weiter gefallen ist. Aber jener Meinung kann nicht beigepflichtet werden, keinesfalls ohne Einschränkung. Denn abgesehen von den Möglichkeiten einer rein zufälligen und ganz vorübergehenden oder einer vom Gegner willkürlich beeinflußten Kursgestaltung, wie sie der Kl. geltend macht, sind auch sonst Fälle durchaus denkbar, wo das Vermögensinteresse des Kl. an der Beseitigung eines Gesellschaftsbeschlusses den augenblicklichen Kursstand seiner Gesellschaftsanteile übersteigt. Nur so viel ist zuzugeben, daß bei bedenkenfreier Kursfeststellung im Regelfall von dem Kurswert des Gesellschaftsanteils als der oberen Grenze des Vermögensinteresses, welches der Gesellschafter je Anteil am Bestande eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung habe, ausgegangen werden kann, weil regelmäßig im Kurswert die objektive Einschätzung des Vermögenswertes der gesamten gesellschaftlichen Beteiligung zum Ausdruck gelangt. Daraus folgt dann weiter, daß an die Glaubhaftmachung eines den Kurs übersteigenden Streitwerts (§ 546 Abs. 3 ZPO.) strenge Anforderungen gestellt werden müssen.

Der erk. Sen. hat hiernach gegenüber seinem Beschlusse v. 14. März 1931, durch den der Revisionsstreitwert einstweilen auf 5000 *RM* festgesetzt wurde, dem Kl. die Glaubhaftmachung eines höheren Wertes des Beschwerdegegenstandes offengehalten. Einer solchen Glaubhaftmachung hat aber der Kl. mit dem, was er hierzu vorgetragen hat, durchaus nicht genügt. Seine Angriffe richten sich in der Hauptsache gegen zwei Punkte der Gewerkschaftsbeschlüsse v. 5. Nov. 1929, erstens dagegen, daß 1252 der Bekl. gehörige Kuxe der Gewerkschaft Bu. mit je 4000 *RM* weit unter ihrem Wert an die Bu.-Konzern GmbH. veräußert, und ferner daß bei dem Umtausch der der Bekl. gehörigen 2 500 000 *RM* N.-Aktien gegen Aktien der Bu. Kaliwerke ein für die Bekl. zu ungünstiges Umtauschverhältnis bewilligt sei. Aus dem ersten Beschluß errechnet er je Be.-Kux einen Verlust von 3300, aus dem zweiten einen solchen von 225 *RM*. Aber bei diesen Berechnungen sind nicht nur einseitig die Vorteile ganz außer Berücksichtigung geblieben, die auch der Bekl. als Mitglied des Bu.-Konzerns aus der Konzernumgestaltung, der jene Beschlüsse dienten, erwuchsen, Vorteile, für deren Wert sowohl die große Mehrheit, womit die Beschlüsse gefaßt wurden, wie auch die Kurssteigerung der Be.-Kuxe spricht, die anläßlich der Konzernumgestaltungsverhandlungen i. J. 1929 eintrat. Es fehlt vor allem auch an aller ausreichenden Glaubhaftmachung der Grundlagen, auf denen jene Berechnungen beruhen, nämlich des angeblichen Wertes der Bu.-Kuxe und der N.-Aktien. Die bloßen Zahlenangaben, die der Kl. nach dieser Richtung gemacht hat, genügen keineswegs, und es ist rechtsirrtümlich, wenn er ausführt, daß die Behauptungen seiner Klage zugrunde zu legen seien, soweit sie sich nicht als unrichtig erweisen. Die Vorschrift des § 546 Abs. 3 ZPO. legt ihm als RevKl. die Verpflichtung positiver Glaubhaftmachung auf, der er nicht genügt hat. Auch dafür, daß ohne die angefochtenen Beschlüsse der Kurs der Be.-Kuxe am 1. Dez. 1930 ein um mindestens 2000 *RM* höherer gewesen sein würde, fehlt jeder sichere Anhalt.

(U. v. 10. Juni 1931; 246/30 V. — Braunschweig.)

[Sch.]

13. §§ 551 Ziff. 7, 304 ZPO.

1. § 551 Ziff. 7 ZPO. ist verletzt, wenn der Einwand des eigenen Verschuldens übergangen ist.

2. Zwischenurteil nach § 304 ZPO. nur möglich, wenn feststeht, daß irgendein Anspruch wirklich besteht. Kann der Einwand aus § 254 BGB. in das Betragsverfahren verwiesen werden?†)

Im Grundbuch von W. (D.) Bd. 1479 Bl. 43 Abt. 3 Nr. 12 war seit dem 13. Okt. 1919 zugunsten des inzwischen verstorbenen Landwirts Helmut D. eine Restkaufgeldhypothek von 65 000 *RM* eingetragen, die am 12. März 1923 gelöscht wurde. Die Witwe D. beauftragte als Erbin ihres Mannes mit der Anmeldung ihres Aufwertungsanspruches bei der Aufwertungsstelle durch Vermittlung ihres Schwiegersohns, des Kaufmanns Heinrich R. jun., den verklagten RA. Dieser meldete als Bevollmächtigter der Witwe D. am 11. Dez. 1925 unter Benutzung eines Vordrucks „den Anspruch auf Aufwertung in Höhe von 25% an“ gemäß § 16 AufwG.

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Witwe D. den Bekl. auf Leistung von Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, daß sie im Falle rechtzeitiger Anmeldung ihrer

---

Zu 12. Die obige Entsch. ist insofern von grundsätzlicher Bedeutung, als sie von der herrschenden Meinung im Schrifttum abweicht, daß im Falle der Anfechtung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung das Vermögensinteresse des Kl. nach oben durch den Kurswert seiner Gesellschaftsanteile begrenzt werde. Der Ansicht des RG., daß eine solche Begrenzung nicht anzuerkennen sei, ist zu folgen. Nach § 3 ZPO. ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festzusetzen. Dabei ist von objektiven Gesichtspunkten auszugehen. Es kommt also nicht darauf an, welchen persönlichen Wert die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses für den Kl. hat, insbes. einem etwaigen Affektionsinteresse des Kl. keinerlei Bedeutung beizulegen. Maßgebend ist also, welchen Wert die Ungültigkeit des angefochtenen Beschlusses für jeden anderen an Stelle des Kl. hätte. Es lassen sich nun sehr wohl Fälle denken, in denen dieses Interesse größer ist als der Wert der Gesellschaftsanteile des Kl. Mögen diese Fälle auch selten sein, so ist doch kein rechtlicher Grund dafür gegeben, ausnahmslos den — schwankenden — Kurswert der Gesellschaftsanteile des Kl. als den höchsten in Betracht kommenden Streitwert anzusehen.

RA. Dr. Leo Sternberg, Berlin.

Zu 13. Die Entsch. trifft zu.

Der Ausspruch, ein Anspruch sei dem Grund nach gerechtfertigt, § 304 ZPO. setzt logisch voraus, daß das Gericht einen Anspr. endgültig bejaht und sich nur über die Höhe des Anspr. noch unklar ist. Ein Anspr. ist aber nicht zu bejahen, solange ihn irgendwelche Einreden beseitigen können. Wenn der Bekl. ein Verschulden oder dessen Ursächlichkeit für den entstandenen Schaden leugnet, kann vor Erledigung dieses Umstands kein ZwUrteil ergehen, denn ohne ursächl. Verschulden ist keine Verurteilung zu Schadensersatz (im vorl. Fall und regelm.) denkbar. Schwieriger liegt es, soweit bloß mitwirkendes Verschulden des Kl. behauptet ist, denn dieses kann den Anspr. ausschließen, es kann ihn aber auch nur mindern. Nun muß das Gericht logisch notwendig prüfen, ob es den Anspr. infolge des mitw. Versch. ganz entfallen lassen will; es darf die Prüfung des mitw. Versch. überhaupt und der begleitenden Umstände, § 254 Abs. 1 BGB., nicht ins Verfahren über die Höhe verweisen. Das erfordert, ganz abgesehen von der Logik, die Prozeßökonomie; es ist ein Unfug schlimmster Art, das verzögernde Verfahren nach § 304 ZPO. eintreten zu lassen, wo das Gericht nicht einmal sicher weiß, ob ein Schaden zu ersetzen ist und der Partei so aus Bequem-

persönlichen Restkaufgeldforderung zur Aufwertung gemäß § 12 AufwG. nach den Umständen des Falles eine Aufwertung in Höhe von 100% erhalten haben würde, was einen Schaden von 15 000 *RM* darstelle (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 AufwG.). Die Kl. macht dem Bekl. zum Vorwurf, daß er die Anmeldung ihrer persönlichen Kaufgeldforderung zur Aufwertung unterlassen habe. Hierzu sei er verpflichtet gewesen, weil ihn am 7. Dez. 1925 der Kaufmann R. sen., der Vater ihres Schwiegersohns, ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß es sich um eine Restkaufgeldhypothek handle. Vorsorglich macht die Kl. geltend, der Bekl. sei auch ohne besonderen Auftrag verpflichtet gewesen, sich über die Rechtsnatur der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung wegen deren Bedeutung für die Höhe der Aufwertung zu verlässigen, und entweder das Grundbuch einzusehen, oder sich eine Abschrift der Grundbucheintragung zu beschaffen. Die Kl. hat beantragt, den Bekl. zu verurteilen, an die 15 000 *RM* nebst Zinsen alsbald, jedenfalls aber am 1. Jan. 1932 zu zahlen.

Der Bekl. hat Abweisung der Kl. beantragt unter Bestreitung des Klageanspruchs nach Grund und Betrag. Er hat namentlich jedes Verschulden in Abrede gestellt und geltend gemacht, der Kaufmann R. jun. habe ihm die zur Aufwertung anzumeldende Hypothek nicht als Restkaufgeldhypothek bezeichnet und bei dieser Hypothek nichts von einer erhöhten Aufwertung gesprochen, wie er dies bezüglich anderer Hypotheken, mit deren Anmeldung zur Aufwertung er ihn gleichfalls beauftragt hätte, getan habe. Er habe die erforderliche Sorgfalt zur Ermittelung der rechtlichen Natur der Hypothek angewendet, auch sei der Kl. überhaupt kein Schaden entstanden, da sie nach den Umständen des Falles keine höhere Aufwertung als 25% erhalten haben würde.

Das LG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im Laufe des Berufungsverfahrens ist angezeigt worden, daß die Kl., Witwe D., am 14. Juli 1929 verstorben und laut Erbschein des AG. N. von ihren beiden Töchtern Ella F. geb. D. und Walli R. geb. D. je zur Hälfte beerbt worden sei. Die letztere hat den Rechtsstreit aufgenommen. Das OLG. hat die Berufung des Bekl. gegen das Zwischenurteil des LG. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Klaganspruch den genannten beiden Erbinnen der Witwe D. gemeinschaftlich zustehe. Gegen dieses Urteil hat der Bekl. Rev. eingelegt mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben, und nach seinem Antrag im Berufungsverfahren auf Klageabweisung zu erkennen. Die Kl. beantragt Zurückweisung der Rev.

Die Rev. erhebt an erster Stelle eine Verfahrensrüge nach § 551 Nr. 7 ZPO., indem sie geltend macht, das BG. habe zu dem selbständigen Verteidigungsmittel des Bekl., es liege Mitverschulden bzw. überwiegendes Verschulden der Kl. oder doch ihres Erfüllungsgehilfen vor, überhaupt nicht Stellung genommen. Dieser Angriff ist begründet. Der Bekl. hatte im Tatbestand geltend gemacht, selbst wenn er für verpflichtet erachtet werden könnte, den Rechtscharakter der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung aufzuklären, so liege doch zum mindestens auf seiten der Partei selbst ein konkurrierendes Verschulden vor. Es sei Sache der Partei gewesen, den Bekl. darauf hinzuweisen, daß es sich um eine Restkaufgeldhypothek handle. Dieses Verschulden müsse als das ganz überwiegende angesehen werden.

Das BG. hat diesen Einwand, der sich als selbständ. Rechtsbehelf darstellt, stillschweigend übergangen und dadurch gegen § 551 Nr. 7 ZPO. verstoßen (RG. 109, 204[1]); RGWarn. 1910 Nr. 431; RGUrt. v. 15. Febr. 1927, III 133/26). Die Behauptung der Rev., ein Urteil gemäß § 304 ZPO. habe nicht ergehen dürfen, ohne daß der vorerwähnte Einwand beschieden worden sei, ist allerdings nur mit einer gewissen Einschränkung zutreffend. In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß unter Umständen die Frage, ob noch andere Ursachen zur Herbeiführung des angerichteten Schadens mitgewirkt haben, namentlich eigene Schuld des Geschädigten, in das Verfahren über den Betrag des Schadens verwiesen werden kann (RG. 82, 196[2]); RG.: JW. 1903, 239[10]; RGUrt. v. 18. Mai 1928, III 401/27, und die darin weiter in Bezug genommenen Entsch.). Voraussetzung dieser Möglichkeit ist aber, daß der Begründung der angefochtenen Entsch. zweifelsfrei der Wille des Tatrichters zu entnehmen ist, die Entsch. über diesen Einwand dem Betragsverfahren vorzubehalten. Das ist vorliegend nicht der Fall, vielmehr handelt es sich um ein offensichtliches Übersehen dieses Rechtsbehelfs.

Hierzu kommt aber noch folgendes: Nach ständiger Rspr. des RG. ist Voraussetzung für den Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. die Feststellung, daß irgendein Anspruch wirklich besteht, und daß nicht die Möglichkeit offenbleibt, der erhobene Anspruch werde sich bei näherer Untersuchung als gänzlich unbegründet erweisen. Nun hatte der Bekl. aber, wie dargelegt, geltend gemacht, das ausschließliche Verschulden an der Entstehung des Schadens treffe die Kl., und die Klage sei daher in vollem Umfang abzuweisen. Auch mit Rücksicht auf dieses Vorbringen durfte der in Rede stehende Einwand nicht völlig unerörtert bleiben.

(Urt. v. 19. Mai 1931; 251/30 III. — Rostock.) [Sch.]

14. §§ 577, 519 b, 233 ZPO. **Mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist wird der die Berufung verwerfende Beschluß gegenstandslos, einer besonderen Aufhebung dieses Beschlusses bedarf es nicht.†)**

(Beschl. v. 28. Febr. 1930; B 5/30 VII. — Hamburg.)

Abgedr. JW. 1930, 1491[6].

[1]) JW. 1925, 471. [2]) JW. 1913, 733.

lichkeit oder Unvorsichtigkeit nutzlose Kosten aufzubürden. Wenn man also gelegentlich sagt, die Frage des mitw. Versch. könne dem Nachverfahren vorbehalten werden (vgl. RG. 82, 196), so ist das cum grano salis zu verstehen. Der Grad der Haftungsminderung kann vorbehalten werden, der Haftungsausschluß nie. Das ZwUrteil muß also das mitw. Versch. prüfen und aussprechen, daß es die Haftung nicht beseitigt. An diesen Ausspruch ist das Gericht nach § 318 ZPO. gebunden, darf dann also im Nachverfahren nicht wegen mitw. Versch. ganz abweisen. Richtiger scheint mir freilich, trotz der entgegenstehenden Praxis des RG. die Meinung, daß das mitw. Versch. überhaupt den Grund betrifft, und nur den Grund, so daß das ZwUrteil aussprechen muß, um welchen Bruchteil es den Anspr. wegen mitw. Versch. mindert. Denn insoweit mitw. Versch. anerkannt wird, besteht schlechthin keine Ersatzpflicht (§ 254 Abs. 1 BGB.), und wird nicht etwa nur eine bestehende aufgehoben. Nur so ist auch der schon erwähnte Übelstand der Verweisung der Grundfragen ins Nachverfahren ganz zu vermeiden. Denn die Verneinung des Haftungsausschlusses hinderte das Gericht nicht, im Nachverf. auf nur einen lächerl. Bruchteil zu verurteilen, wegen dessen der Kl. den Prozeß nie fortgesetzt hätte. Das Gericht soll sich aber nicht die Sache möglichst schnell erst einmal vom Hals schaffen, sondern den Parteien dienen.

Die Einrede mitw. Versch. ist ein selbständiges Verteidigungsmittel. Es entspricht der ständ. Rspr. und der Rechtslehre, § 551 Ziff. 7 ZPO. anzuwenden, wo ein solches in den Urteilsgründen überhaupt nicht behandelt ist.

SenPräs. a. D. Dr. Baumbach, Berlin.

Zu 14. Es ist erstaunlich, daß dieser Beschl. des RG. noch notwendig war. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewirkt, daß die nachgeholte Prozeßhandlung als rechtzeitig vorgenommen gilt. Die Berufung gilt also nachträglich wieder als von Anfang an zulässig, der „vorige Stand" ist wiederhergestellt. Daraus ergibt sich von selbst, daß alle Folgen der früher vorhanden gewesenen Unzulässigkeit der Berufung ohne weiteres hinfällig sind. Einer besonderen Beseitigung dieser Folgen bedarf es nicht, weder einer ausdrücklichen Aufhebung des Verwerfungsbeschlusses, noch auch nur einer ausdrücklichen Bezeichnung dieses Beschlusses „als erledigt". Zweifelhaft kann aber sein, ob der vom RG. eingeschlagene umständliche Weg notwendig oder gar richtig war: Das RG. folgert aus der Tatsache, daß der Verwerfungsbeschluß hinfällig geworden ist, der BerKl. sei durch den Beschluß nicht mehr beschwert, die dagegen eingelegte Beschwerde sei also mangels Beschwer unzulässig. Tatsächlich hatte aber das OLG. den durch die Wiedereinsetzung ohne weiteres hinfällig gewordenen Verwerfungsbeschluß als noch bestehend angesehen, seine ausdrückliche Aufhebung, wenn auch aus irrigen Gründen, verweigert und ihn nicht nur nicht ausdrücklich als erledigt bezeichnet, sondern im Gegenteil ausdrücklich den BerKl. auf die Notwendigkeit einer sofortigen Beschwerde zu seiner Beseitigung hingewiesen. Hierdurch war der BerKl. jedenfalls insofern beschwert, als das Gericht seinen früheren Beschluß noch als formal bindend und nur auf sofortige Beschwerde durch das RG. abänderbar ansah. Auch der darin liegende falsche Rechtsschein dürfte m. E. als hinreichende Beschwer zur Rechtfertigung des Rechtsmittels anzusehen sein. Das RG. hätte also m. E. die Beschwerde nicht als unzulässig verwerfen, sondern ihr dadurch stattgeben sollen, daß die Unwirksamkeit auch in der Formel des Beschlusses ausgesprochen wurde.

RA. Theodor Sonnen, Berlin.

15. § 616 ZPO. **Nach rechtskräftiger Abweisung der Eheanfechtungsklage kann neue Anfechtungsklage wegen derselben Eigenschaft erhoben werden, wenn nunmehr eine besonders starke Entwicklung der Eigenschaft als bei Eheschließung vorhanden, nachgewiesen werden kann.†)**

(U. v. 17. Juni 1930; 112/30 II. — Berlin.)

Abgedr. JW. 1931, 2493[19].

****16.** § 717 ZPO.

1. Hat der Bekl., nachdem ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen ihn vollstreckt war, Berufung eingelegt, in der Berufungsverhandlung aber unter Bestreitung der Richtigkeit des Urteils erklärt, auf Rückgängigmachung des durch die Vollstreckung geschaffenen Zustandes zu verzichten, so bleibt die Berufung zulässig.

2. Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 717 Abs. 2 ZPO. kann noch in der RevInst. geltend gemacht werden.†)

(U. v. 1. Dez. 1930; 401/30 VIII. — Köln.) [H.]

Abgedr. JW. 1931, 2568.

****17.** § 1041 Ziff. 2 ZPO. a. F.; §§ 45, 47 GmbHGes. **Die Vereinbarung der beiden Gesellschafter einer GmbH., daß sie für die Bestellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer stimmen müßten, ist unwirksam. Ein dazu verurteilender Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung.†)**

(U. v. 16. Jan. 1931; 192/30 VII. — Köln.) [Ku.]

⟨= RG. 131, 179.⟩

Abgedr. JW. 1931, 2978[18].

Zu 15. Vgl. Aufsatz Pagenstecher oben S. 3527.

Zu 16. Die vom RG. in den Vordergrund gerückte Frage nach der Zulässigkeit der Berufung scheint mir nicht zweifelhaft. Da die BerKl. im ersten Rechtszuge unterlegen waren und einen Rechtsmittelverzicht nicht abgegeben haben, kann das Vorliegen einer Beschwer hier kaum bezweifelt werden; durch die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils wurde diese Beschwer nicht beseitigt, sondern noch fühlbarer. Die Frage ist nur, ob der Rechtsstreit sich durch die Vollstreckung gegen die BerKl. in der Hauptsache erledigt hat. Dies wird mit Recht vom RG. verneint, weil angesichts des Verhaltens der BerKl. die Kl. noch nicht klaglos gestellt waren. Das BG. hätte also prüfen müssen, ob die Berufung begründet, d. h. ob die BerKl. mit Recht zur Räumung verurteilt worden waren. Ganz ähnlich liegt es bei einem jüngeren Urteil desselben Senats (JW. 1931, 2474[9]). In beiden Fällen hat das RG. Gelegenheit gehabt, wieder einmal den Satz einzuschärfen, daß eine zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung erfolgende Befriedigung des Kl. nicht notwendig die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache bedeutet.

Daß der Anspruch wegen ungerechtfertigter Vollstreckung (§ 717 Abs. 2 ZPO.) noch in der RevInst. erhoben werden kann, entspricht der allgemeinen Ansicht (Stein-Jonas, ZPO. § 717 Anm. III, 1; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts[3] S. 625).

Prof. Dr. Kühl, Göttingen.

Zu 17. Der Entsch. kann nicht zugestimmt werden.

Man betrachte zunächst das sachliche Ergebnis: Der Sohn des einen der beiden Gründer der Gesellschaft kann nicht zum Geschäftsführer bestellt werden, weil die eine Gesellschafterin sich trotz der von ihr eingegangenen Verpflichtung weigert, seine Eignung anzuerkennen, auch wenn das im Vertrage berufene Schiedsgericht diese bejaht. Für die Beteiligten ist besonders befremdlich, daß der erk. Sen. in einer Streitsache derselben Parteien ohne Bedenken von der Gültigkeit der Vertragsabrede ausgegangen ist. Endlich bleibt unklar, welche Rechtsfolgen für die Parteien sich aus der Nichtigkeit des § 3 des Vertr. v. 20. Dez. 1911 ergeben.

Dieses unbefriedigende Ergebnis müßte hingenommen werden, wenn zwingende gesetzliche Vorschriften es fordern. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Entsch. beruht in ihrem Kern auf der Erwägung, es müsse derjenige zum Geschäftsführer bestellt werden, dessen Wahl den Belangen der Gesellschaft am besten diene, deshalb sei jede Vertragsabrede, die dazu führen könne, daß ein weniger geeigneter zum Geschäftsführer bestellt werde, nichtig. In dieser allgemeinen Fassung kann der Satz nicht anerkannt werden. Richtig ist, daß der negative Satz, daß eine Abrede, die dazu führen kann, daß ein ungeeigneter bestellt wird, nichtig ist. Aber die Forderung, daß unter den in Frage kommenden Bewerbern die Auswahl nur nach dem Grundsatz der besten Eignung zu erfolgen habe, wird der Sachlage nicht gerecht. Es können auch, wenn an sich die sachliche Eignung gegeben ist, andere Umstände bestimmend sein, ohne daß dies zu mißbilligen wäre (etwa nahe Verwandtschaft mit einzelnen Beteiligten, der Wunsch, einem verdienten Mitarbeiter eine auskömmliche Existenz zu gewähren, vorübergehende finanzielle Vorteile für das Unternehmen, Anknüpfung oder Aufrechterhaltung von Beziehungen usw.). In Wahrheit entscheidet bei einer Wahl kaum jemals ausschließlich die Frage, was für die Belange der Gesellschaft am besten sei, sondern welche Persönlichkeit den Gesellschaftern auf Grund ihrer gesamten Interessen, von denen die Belange der Gesellschaft nur einen Teil bilden, am geeignetsten erscheine. Hiergegen ist auch nichts zu erinnern. Der vorliegende Fall bietet auch bei Würdigung der besonderen Umstände keinen Grund zur Beanstandung; die Bindung beruht hier darauf, daß dem Unternehmen der Charakter einer Familiengründung erhalten werden soll, und durch das Schiedsgericht ist Gewähr dafür geschaffen, daß die Wahl eines Ungeeigneten vermieden wird.

Die Entsch. steht auch in Widerspruch mit der feststehenden Rspr. des RG., in der die Zulässigkeit vertraglicher Abreden über die Anwendung des Stimmrechts bejaht wird (RG. 107, 67 [70]; 112, 273 [279]; 119, 386 [388] = JW. 1928, 1558; neuestens RG. 133, 90 [95] = JW. 1931, 2958). In der letztgenannten Entsch. lehnt der 2. Sen. den Standpunkt, den der 7. Sen. in vorliegender Entsch. einnimmt, ausdrücklich ab und weist mit Recht darauf hin, daß nach anerkannten Rechtsgrundsätzen die Bestellung zum Geschäftsführer sogar einem Gesellschafter übertragen werden kann. — Zu beachten ist allerdings, daß die Gültigkeit der Stimmabrede den Stimmberechtigten nicht daran hindert anders abzustimmen, sondern nur Schadensersatzpflicht erzeugen kann (RG. 112, 273 [279]; 119, 386 [389] = JW. 1928, 1558; RG. 133, 90 [95] = JW. 1931, 2958).

RA. Dr. Alfred Wiener, Berlin.

****18.** § 13 GVG. **Streitigkeiten zwischen Kreis und Gemeinde aus Anlaß der Übertragung von Fürsorgegeschäften. — Unzulässigkeit des Rechtsweges für solche Streitigkeiten, weil diese Beziehungen zwischen Personen des öffentlichen Rechtes entstanden und durch Vorschriften des öffentlichen Rechtes geregelt sind.†)**

Die Kl. ist eine kreisangehörige Stadt von mehr als 10000 Einwohnern. Vom Kreis als Bezirksfürsorgeverband wurde ihr durch Kreisausschußbeschluß v. 11. Juni 1924 zunächst die Durchführung der Armenfürsorge übertragen (§ 1 Abs. 2 FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924, § 15 PrAV. v. 17. April 1924 und 28. März 1925). Bezüglich der sog. gehobenen Fürsorge (§ 1 Abs. 1 FürsPflVO.) kam zwischen Stadt und Kreis ein Abkommen zustande, daß der Stadt weiter überlassen würde die Fürsorge für Sozialrentner, für hilfsbedürftige Minderjährige (namentlich Säuglingsfürsorge, Kleinkinderfürsorge und Schulspeisungen), die Wochenfürsorge (mit Ausnahme der Entsch. über die eingegangenen Anträge) und alles das, was man unter „allgemeiner Fürsorge" versteht, insbes. Massenspeisungen, außerordentliche Erwerbslosenfürsorge, Versorgung mit Milch und Brennmaterial zumal während des Winters. Für größere Ausgaben wie z. B. Brennmaterialbeschaffung war die Genehmigung des Kreises einzuholen. Schließlich wurde der Kl. durch Beschl. des Kreisausschusses die Durchführung der gesamten Fürsorgeaufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen.

Dem Verlangen der Kl., ihr gemäß § 14 Abs. 2 PrAV. zur FürsPflVO. 70% des in der Stadt in den Rechnungsjahren 1925, 1926 und 1927 entstandenen sachlichen Aufwandes für Fürsorgeaufgaben zu erstatten, hat der Bekl. zu einem Teil nicht entsprochen, und zwar mit der Begründung, daß es sich um Maßnahmen der sog. vorbeugenden Fürsorge — im Gegensatz zur Pflichtfürsorge, § 3 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen

Zu 18. Horror pleni. Auch ich bin der Meinung, daß die Rechtsverhältnisse zwischen Stadt und Kreis dem öffentlichen Recht angehören, und daß die Erfüllung einer eigenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtung weder Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag noch Leistung ohne rechtlichen Grund darstellt. Aber für die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit i. S. § 13 GVG. vorliege und der Rechtsweg zulässig sei, haben diese Umstände nach der älteren Rspr. des RG. nicht die Bedeutung, die das Urteil ihnen beilegt.

Die ältere Rspr. des RG. lehnt den Satz „daß der Kreis der Privatrechte mit dem Kreise der auf privatrechtlichem Titel beruhenden

Fürsorge v. 4. Dez. 1924 — handele, daß insoweit eine Übertragung der Durchführung der Fürsorge nicht erfolgt, auch gar nicht zulässig sei, daß übrigens die in die Zeit vor dem Kreisausschußbeschluß v. 14. Aug. 1926 fallenden Aufwendungen auch gegenständlich nicht im Rahmen der damals vereinbarten Übertragung lägen. Mit der Klage fordert die Stadt unter Angabe der einzelnen Ausgabeposten im ganzen Zahlung von 42449,18 ℳ. LG. und KG. halten die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges für unbegründet. Das hat ihr Folge gegeben.

Für die Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges ist entscheidend die rechtliche Natur des Klageanspruchs, so wie er sich aus der tatsächlichen Begründung der Klage ergibt. Liegt der Streit nach dem vorgetragenen Sachverhalt auf öffentlich-rechtlichem Gebiet, so ist der Rechtsweg nach § 13 GVG. auch dann unzulässig, wenn die Kl. ihren Anspruch durch Bezugnahme auf Vorschriften des bürgerlichen Rechtes begründet (RG. 113, 131; 129, 288[1])).

Nach § 14 Abs. 2 PrAV. v. 17. April 1924 u. 28. März 1925 zur FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 haben kreisangehörige Gemeinden 30% des in ihnen entstehenden sachlichen Aufwandes für die dem Landkreis als Bezirksfürsorgeverband obliegenden Fürsorgeaufgaben zu tragen. Die Durchführung der dem Bekl. obliegenden Fürsorgeaufgaben ist durch die oben angegebenen Beschlüsse des Kreisausschusses zunächst teilweise, durch Beschl. v. 14. Aug. 1926 ganz der klagenden Stadtgemeinde übertragen worden. Die Kl. behauptet nun, in den Rechnungsjahren 1925 bis einschließlich 1927 die ihr übertragenen Fürsorgeaufgaben in den Grenzen dieser Übertragung ausgeführt zu haben, und sie verlangt mit der Klage, da ihr Vorschüsse gemäß § 14 Abs. 3 PrAV. nicht gezahlt worden sind, Erstattung des Restes der Aufwendungen, die sie in Erfüllung der Übertragung gemacht hat, und zwar insoweit, als sie sie nach § 14 Abs. 2 a. a. O. nicht selbst zu tragen hat, also in Höhe von 70%. Der Bekl. stellt den Erstattungsanspruch in Abrede, weil die streitigen Beträge für Maßnahmen der sog. vorbeugenden Fürsorge aufgewendet seien, während Gegenstand der Übertragung von Fürsorgeaufgaben nur die sog. Pflichtfürsorge sein könne, daß übrigens die vor dem Beschl. v. 14. Aug. 1926 gemachten Aufwendungen auch gegenständlich nicht in den Rahmen der damaligen Abmachungen zwischen den Parteien fielen.

Das ganze Gebiet der öffentlichen Fürsorge Hilfsbedürftiger gehört dem öffentlichen Recht an. Öffentlich-rechtlicher Natur sind insbes. die rechtlichen Beziehungen zwischen den Kreisen als Bezirksfürsorgeverbänden und den kreisangehörigen Gemeinden, wie sie in den §§ 14 ff. PrAV. z. FürsPflVO. geregelt sind. Da der Klageanspruch auf eine positive Bestimmung des öffentlichen Rechtes, nämlich auf § 14 Abs. 2 a. a. O. zurückgeht, kann von einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG. nicht die Rede sein.

Das scheint auch das BG. an sich nicht zu verkennen. Es erwägt aber, daß die Kl. auf Grund des ihr vom Bekl. erteilten, allerdings nicht privatrechtlichen Auftrages, zum Teil auch ohne Auftrag, öffentlich-rechtliche Geschäfte des Bekl. besorgt habe. Bei Besorgung öffentlich-rechtlicher Geschäfte von seiten einer Person des öffentlichen Rechtes für eine andere solche sei aber nach der Rspr. des RG. für Erstattungsansprüche der ordentliche Rechtsweg gegeben. Diese Beurteilung beruht auf rechtsirrtümlichen Vorstellungen. Die Rspr. des RG. hat Rechtsstreitigkeiten zwischen Personen des öffentlichen Rechtes, auch wenn sie auf beiden Seiten im öffentlichen Recht wurzeln, der gerichtlichen Zuständigkeit nur dann unterworfen, wenn die Klage in Ermangelung einer Regelung der Beziehungen der Beteiligten durch Vorschriften des öffentlichen Rechtes auf ein auftragsähnliches Verhältnis oder Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt wurde. In solchen Fällen liegt ungeachtet der öffentlich-rechtlichen Beziehungen ein Rechtsverhältnis zwischen den Streitteilen vor, wie es in gleicher Weise zwischen Privatpersonen bestehen kann, indem nämlich für die Beurteilung Rechtsgrundsätze des Privatrechtes, insbes. die Vorschriften über auftraglose Geschäftsführung oder Bereicherung, mindestens unter entsprechender Anwendung maßgebend sind (RG. 108, 391[2]); 113, 180; JW. 1923, 78[6]; Urt. des erk. Sen. v. 9. Febr. 1928, IV 276/27 auszugsweise in HöchstRRspr. 1928 Nr. 1031). Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Wie schon erwähnt sind die Rechtsbeziehungen der Beteiligten durch die §§ 14 ff. PrAV. z. FürsPflVO., also durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen, in maßgebender Weise geregelt. Bei der Übertragung der Durchführung der an sich den Landkreisen als Bezirksfürsorgeverbänden obliegenden Fürsorgeaufgaben auf kreisangehörige Gemeinden (und engere Gemeindeverbände) handelt es sich um eine Art von Delegation einer öffentlich-rechtlichen Befugnis und Aufgabe von einer Behörde auf die andere, die dem öffentlichen Recht eigentümlich ist und die Beurteilung unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkt des Auftrages ausschließt. Auch für eine entsprechende Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften vom Auftrag ist jedenfalls dann kein Raum, wenn der Gemeinde — wie hier durch den Kreisausschußbeschluß v. 14. Aug. 1926 — gemäß § 15 Abs. 4 a. a. O. die selbständige Verwaltung der Fürsorgeaufgaben unter eigener Verantwortung übertragen worden ist. In diesem Falle ist die Gemeinde an Weisungen des Kreises im Einzelfall nicht gebunden (amtliche Begründung bei Baath, FürsPflVO., 8. Aufl., S. 448 und AusfBest. ebenda S. 482), was die Annahme eines Auftragsverhältnisses begrifflich ausschließt. Ob im übrigen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Auftrag etwa zur Ergänzung der in der PrAV. getroffenen Regelung zulässig und erforderlich erscheint, bedarf nicht der Erörterung. Auch wenn die Frage zu bejahen wäre, würde das an der öffentlich-rechtlichen Natur des fraglichen Erstattungsanspruchs nichts ändern.

Unerheblich für die Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges ist es, daß die Kl. ihren Anspruch wenigstens zum Teil auch auf die Vorschriften über auftragslose Geschäftsführung gestützt hat. Dieser Klagegrund ist nur hilfsweise vorgebracht, nämlich insoweit, als der Einwand des Bekl. durchdringen sollte, daß die Aufwendungen, deren anteilsmäßige Erstattung die Kl. verlangt, für Fürsorgemaßnahmen gemacht seien, die nicht im Rahmen der vom Kreisausschuß beschlossenen Übertragung lägen. Die Entsch. über diese Hilfsbegründung der Klage setzt also die Entsch. über die erste und grundsätzliche Streitfrage voraus, ob die Kl. auf Grund der Übertragung der Fürsorgeaufgaben aus § 14

Ansprüche sich decke" entschieden ab und erklärt alle Vermögensstreitigkeiten zu bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RG. VI v. 17. Sept. 1888 [RG. 21, 101: Streit zwischen zwei Ortskrankenkassen]; ferner RG. 11, 65—70; 19, 71; 21, 191; 22, 288; 25, 330; 33, 36; 37, 334; 57, 350; RG.: JW. 1907, 144[26]; 1908, 411[15]; Friedrichs, LVG. [1910] 17; VerwRPfl. 1, 261; in HirthsAnn. 1917, 397, 398; Streitverfahren 68; Stein-Jonas, ZPO. [1925], Vorbem. II B 3 vor § 1 Anm. 55; neuerdings RG. 113, 67, 209; Endemann: DJZ. 1927, 775). Später hat das RG. einen geschichtlichen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geschaffen, der alles das umfaßt, was nach der Auffassung um 1877 oder nach der Auffassung der späteren Gesetze durch die ordentlichen Gerichte zu unterscheiden war, ohne Unterschied, ob die Natur des Anspruchs nach heutiger Auffassung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist. Dies wird im Ergebnis von Stein-Jonas gebilligt (RG.: PrVerwBl. 45, 84 [rechts]; Stein-Jonas a. a. O. Anm. 57). Von beiden Begriffsbestimmungen weicht das RG. hier ab. Daß die hier vorliegende Klage i. J. 1879 zugelassen worden wäre, bezweifle ich nicht, namentlich mit Hinblick auf die Entsch. v. 17. Sept. 1888. Auch der preuß. Gesetzgeber hat den Rechtsweg als zulässig vorausgesetzt, weil er dem BezAusſch. nie die Zuständigkeit nur wegen der Vorschußleistung zugewiesen, aber wegen der endgültigen Abrechnung keine Behörde als zuständig bestimmt hat.

Es bleibt noch die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Anspruch auf zwei Gründe gestützt ist, und wegen des zweiten, eventuellen, aber nicht wegen des ersten die angerufene Behörde sich für zuständig erachtet. Es geht doch eigentlich nicht an, den Anspruch, wegen dessen die Behörde zuständig ist, abzuweisen, bloß weil er nicht in erster Linie, sondern nur eventuell erhoben ist. Der Kl. könnte eine Frist verlieren; oder wenn nicht, könnte er dieselbe Klage sofort wieder erheben, indem er die bisherige Eventualbegründung zur Hauptbegründung machte. Ich meine: utile non debet per inutile vitiari: das Gericht mußte über die Eventualklage entscheiden, wie wenn die Hauptklage nicht erhoben wäre. Stein-Jonas (ZPO. Anm. 12 § 260 Erl. II C) macht die Behandlung von der Auslegung der Klage abhängig.

JR. Karl Friedrichs, Ilmenau.

[1]) JW. 1931, 1194.

[2]) JW. 1925, 2248.

Abs. 2 PrAV. z. FürsPflVO. anteilmäßigen Ersatz verlangen kann. Diese Frage aber kann, wie dargelegt, ihrer öffentlich-rechtlichen Natur wegen von den ordentlichen Gerichten nicht entschieden werden.

Für diese Beurteilung läßt sich auch die Entstehungsgeschichte der Abs. 2 und 3 des § 14 PrAV. heranziehen. Die PrAV. verordnete zunächst in § 16 Abs. 4:

„Wird den Gemeinden ... die Durchführung von Fürsorgeaufgaben übertragen, so hat der Bezirksfürsorgeverband ihnen einen Betrag zur Verfügung zu stellen, welcher nach den bisherigen Erfahrungen zur Deckung von drei Vierteln der durch die übertragenen Aufgaben entstehenden Ausgaben ausreicht. Dieser Betrag wird bis zum 1. April 1925 halbjährlich, von (da) ab für jedes Rechnungsjahr festgesetzt. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so entscheidet der Bezirksausschuß endgültig. Die durch den zur Verfügung gestellten Betrag nicht gedeckten Kosten der übertragenen Fürsorgeaufgaben sind von den Gemeinden ... selbst aufzubringen.“

Da weiter nach § 15 Abs. 2 (wie jetzt) der Bezirksausschuß endgültig darüber zu entscheiden hatte, ob und in welchem Umfang die Durchführung von Fürsorgeaufgaben auf die Gemeinde zu übertragen sei, so war die gesamte Entsch. darüber, auf welche Leistungen die Gemeinde aus der Übertragung von Fürsorgegeschäften gegen den Kreis Anspruch hatte, ausschließlich in die Hand des Bezirksausschusses gelegt. Für weitergehende Ansprüche der Gemeinden, deren Verfolgung im ordentlichen Rechtsweg in Frage gekommen wäre, blieb kein Raum mehr übrig.

An Stelle des § 16 Abs. 4 sind nach der VO. vom 28. März 1925 (PrGS. 44) Art. III seit dem 1. April 1925 die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des § 14 getreten:

„Kreisangehörige Gemeinden ... tragen 30% des in ihnen entstehenden sachlichen Aufwandes für die dem Landkreis als Bezirksfürsorgeverband obliegenden Fürsorgeaufgaben.

Soweit kreisangehörige Gemeinden ... den in ihnen entstandenen Fürsorgeaufwand nicht selbst zu tragen haben, hat ihnen der Bezirksfürsorgeverband erforderlichenfalls angemessene Vorschüsse zu gewähren. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so entscheidet der Bezirksausschuß über Art und Höhe der Vorschußleistung endgültig.“

Für die Änderung waren nach der amtlichen Begründung (PrLT. 1925 Drucks. Nr. 442 Bd. 2 S. 837) lediglich folgende Erwägungen bestimmend: „Die gegenwärtige Regelung, daß nur bei Übertragung der Durchführung von Fürsorgeaufgaben die Belastung der Gemeinden zulässig ist, bringt es mit sich, daß die Durchführung vielfach aus diesem rein finanziellen Grunde auch auf Gemeinden übertragen wird, die nach ihren sachlichen und personellen Einrichtungen zu einer sachgemäßen Wohlfahrtspflege nicht befähigt sind. Die Belastung der Gemeinden ... nicht nur für den Fall der Übertragung der Durchführung von Fürsorgeaufgaben vorzusehen, erscheint aber auch deshalb gerechtfertigt, weil auch außerhalb einer solchen Übertragung die Gemeinden ... durch ihre Vorarbeiten maßgebenden Einfluß auf die Höhe der Ausgaben für die Fürsorge haben.“ Diese Begründung ergibt, daß der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt hat, die Zuständigkeit des Bezirksausschusses zur Schlichtung aller Streitigkeiten zwischen Kreis und kreisangehörigen Gemeinden aus Anlaß der Übertragung von Fürsorgegeschäften, wie sie die AV. in der ersten Fassung vorsah, nach irgendeiner Richtung einzuschränken. Ob die Änderung der AV. die unbeabsichtigte Folge gehabt hat, daß die Regelung der Zuständigkeitsfrage jetzt eine Lücke aufweist, und ob diese Lücke durch ausdehnende Auslegung zugunsten der Zuständigkeit des Bezirksausschusses geschlossen werden kann, bedarf hier nicht der Entsch. Jedenfalls läßt die frühere Regelung der Zuständigkeitsfrage in Verbindung mit der Begründung der Änderung der AV. soviel mit Sicherheit erkennen, daß der Gesetzgeber Streitigkeiten der vorliegenden Art von Anfang an nicht als bürgerlich-rechtliche Angelegenheiten angesehen hat, die vor die ordentlichen Gerichte gehörten, und daß er diese Ansicht auch bei der Änderung der AV. nicht aufgegeben hat.

(U. v. 13. Juli 1931; 492/30 IV. — Berlin.) [Ka.]

---

2. Streitwert und Kosten.

**19. §§ 3, 4 ZPO. Wird die Frage der Kosten, die in zweiter Instanz Gegenstand einer Anschlußberufung war, infolge der prozessualen Lage in der RevInst. wieder Nebenforderung, so ist sie bei der Bemessung des Streitwertes auszuscheiden.

Der Kl. verlangt Herausgabe von Sachen und Schadensersatz. Der Bekl. hat gegenüber dem Herausgabeanspr. ein Zurückbehaltungsrecht wegen Aufwendungen von 1297 *RM* geltend gemacht. Das LG. hat unter Klageabweisung im übrigen zur Herausgabe Zug um Zug gegen Zahlung von 1297 *RM* verurteilt. Der Kl. hat das Urt. in der Hauptsache angefochten, der Bekl. hat sich nur wegen der ihm teilweise auferlegten Kosten der Berufung angeschlossen. Das KG. hat den Bekl. ohne Zug-um-Zug-Zahlung des Kl. zur Herausgabe verurteilt und den SchErsAnspr. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Da es bei Zurückverweisung zur Entsch. über die Höhe des Anspr. dem LG. die Kostenentsch. vorbehalten mußte, hat es die AnschlBer. des Bekl. für erledigt erklärt. Der Bekl. hat Rev. eingelegt mit dem Antrag auf Aufhebung des BU. und Entsch. nach seinen Anträgen.

Er meint, für den Wert des Streitgegenstandes für die RevInst. müsse der Wert seiner AnschlBer. mit berücksichtigt werden, da über diese miterkannt werden müsse, wenn in der Sache selbst entschieden und die Ber. des Kl. gegen das Urt. des LG. zurückgewiesen werde. Dies ist zwar richtig; aber die Schlußfolgerung trifft nicht zu. Jetzt, wo der Bekl. — im Gegensatz zur BerInst. — mit der Rev. geltend macht, daß er in der Hauptsache beschwert sei, sinkt die Kostenfrage seiner AnschlBer. wieder zu einer Nebenforderung herab und ist auf den Streitwert ohne Einfluß.

(Beschl. v. 26. Sept. 1931; 203/31 I. — Berlin.) [Ka.]

20. Die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses mit dem Vorbehalt der Rückforderung, falls dem BerKl. das Armenrecht bewilligt wird, ist eine wirksame Zahlung, wenn dem BerKl. das Armenrecht nicht bewilligt wird.

Nachdem die Kl. rechtzeitig Berufung eingelegt hatte, wurde ihr eine Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr gesetzt. Für die Kl. zahlte G. mit Zahlkarte die Prozeßgebühr ein, erklärte aber auf dem Abschnitt der Zahlkarte und auf einer an die Gerichtskasse gerichteten Postkarte v. 20. Mai 1931, daß er das Geld für die Kl. nur auslege, daß er sich sein Eigentum vorbehalte und das Geld bei Gewährung des Armenrechtes (an die Kl.) zurückverlangen werde. Da eine wirksame Zahlung der Prozeßgebühr innerhalb der Frist nicht nachgewiesen sei, hat das OLG. die Berufung als unzulässig verworfen.

Die von der Kl. rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde ist begründet. Der Vorbehalt der Zurückforderung war ausdrücklich nur für den Fall erklärt, daß der Kl. das Armenrecht bewilligt werden würde. Durch Beschl. v. 12. Juni 1931 ist der Kl. das nachgesuchte Armenrecht für die BerInst. versagt worden. Damit ist der fragliche Vorbehalt gegenstandslos geworden, so daß die Einzahlung der Prozeßgebühr als endgültig anzusehen ist. Da durch das Armenrechtsgesuch der Lauf der Nachweisfrist gehemmt wurde, ist der Nachweis der endgültigen Zahlung der Prozeßgebühr noch vor Ablauf der Frist erfolgt.

(Beschl. v. 22. Okt. 1931; IV B 34/31.)

---

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Prof. Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

21. § 263 StGB. Unwahre Angaben in einem Armenrechtsgesuch reichen nicht aus, um den Tatbestand des Betruges zu erfüllen.†)

Die Rev. muß Erfolg haben mit ihren Angriffen gegen die Verurteilung des Angekl. wegen der Erschleichung des

Zu 21. Die vorl. Entsch. überträgt die bekannte reichsgericht-

Armenrechts. Nach den Feststellungen des Urteils hat der Angekl. hierbei nicht über seine Vermögenslage und seine Einkommensverhältnisse, sondern über die Aussichten des bereits vor dem AG. anhängigen Rechtsstreits unwahre Angaben gemacht.

Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß unwahre Behauptungen im Zivilprozeß, auch wenn sie wissentlich falsch aufgestellt sind, nicht hinreichen, um einen durch Täuschung des Richters unternommenen Betrug zu begründen, weil er dieses einseitige Parteivorbringen seinen Feststellungen und Entscheidungen nicht zugrunde legen darf. Dagegen ist eine Täuschung des Richters in der Weise möglich, daß die Partei durch Beweismittel ihrem unwahren Vorbringen den Anschein der Wahrheit gibt (RGSt. 16, 196; 20, 391; 32, 1 [3]; 36, 115 [118]).

Diese, auf die Vorschriften der ZPO. über das kontradiktorische Verfahren gestützte Rechtsanschauung muß grundsätzlich auch für das sachliche Vorbringen der Partei im Verfahren auf das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes gelten.

Zu diesem Gesuch ist außer anderem erforderlich, daß der Antragsteller das „Streitverhältnis" unter Angabe der Beweismittel darstellt (§ 118 Abs. 3 ZPO.). Der Wortlaut dieser Bestimmung weist schon darauf hin, daß die Partei zur Begründung ihres Gesuchs nichts anderes vorzubringen braucht, als sie im Rechtsstreit vorbringen will oder — wenn der Rechtsstreit bereits begonnen hatte — vorgebracht hat. Der Richter darf deshalb hier dem einseitigen Parteivorbringen so wenig Glauben schenken als dort. Wenn der Gesetzgeber trotzdem dem Richter gestattet, auf das einseitige Vorbringen des Antragstellers hin das Armenrecht zu bewilligen, so tut er dies aus der Erwägung, daß der Rechtsstreit durch den Antrag auf Gewährung des Armenrechts nicht aufgehalten und die Beweiserhebung nicht in das Verfahren über diesen Antrag verlegt werden soll. Der Richter darf daher nach dem bloßen Eindruck, den der Gesuchsteller und seine Angaben auf ihn machen, seine Entscheidungen treffen. Darin liegt freilich die Gefahr, daß der Richter bei seiner Entscheidung fehl greift. Diese wird aber um des höheren Zweckes willen in Kauf genommen und zum Teil durch die Vorschrift wieder ausgeglichen, daß der Richter der Partei das Armenrecht zu entziehen hat, sobald sich die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung als aussichtslos oder mutwillig herausstellt (§ 121 ZPO.). Aus alledem folgt, daß der Richter, wenn er ohne weitere Erhebungen auf das bloße Vorbringen der Partei hin das Armenrecht bewilligt, dies nicht im Vertrauen auf die Wahrheit dieses Vorbringens tun darf, daß er sich vielmehr der Möglichkeit ihrer Unwahrheit stets bewußt bleiben muß.

Anders kann sich die Rechtslage gestalten, wenn die Partei zur Erlangung des Armenrechts nicht bloß das Streitverhältnis vorgetragen, sondern auch noch — sei es aus eigenem Antrieb oder sei es auf Veranlassung des Richters — Urkunden oder andere Beweismittel beigebracht, dadurch ihrem Vorbringen den Anschein der Wahrheit gegeben und auf die richterliche Überzeugung eingewirkt hat. —

Diese Rechtsanschauung, angewendet auf den vorliegenden Fall, ergibt, daß das LG. zu der Annahme einer Täuschung oder einer versuchten Täuschung des Richters nur kommen kann, wenn es feststellt, daß der Angekl. auf die richterliche Überzeugung eingewirkt oder einzuwirken versucht hat. Das letztere würde auch dann der Fall sein, wenn sich der Angekl. bloß vorgestellt hätte, der Richter könne allein durch seine unwahren Behauptungen über das Streitverhältnis getäuscht und dadurch zu der beantragten Verfügung veranlaßt werden. Denn in diesem Falle würde er sich über Bestimmungen der ZPO. geirrt und sich deshalb in einem Irrtum über einen außerhalb des Strafgesetzes liegenden Rechtssatz befunden haben. Dieser Umstand würde die Annahme eines Versuchs des Betrugs nicht hindern. — Feststellungen dieser Art enthält das Urteil nicht. Es ist daher schon aus diesem Grunde die Aufhebung des hier in Frage kommenden Teiles des Urteils geboten.

Diese hätte auch deshalb erfolgen müssen, weil das Urteil an keiner Stelle Ausführungen über die Vorstellung enthält, die sich der Angekl. über die Art und den Eintritt eines Schadens des Justizfiskus bei Bewilligung des Armenrechts gemacht hat. Zu diesem Ende hätte das LG. ausführen müssen, welche Leistungen oder Aufwendungen der Staat zu seinem Schaden nach der Vorstellung des Angekl. bei Bewilligung des Armenrechts hätte machen müssen und daß dieser Schaden ein Mittel zur Erlangung des von ihm erstrebten Vermögensvorteils gewesen wäre. Da das Urteil Ausführungen über diese Fragen nicht enthält, erübrigt sich eine Stellungnahme hierzu.

Der hier vertretenen Rechtsauffassung steht die Entsch. RGUrt. v. 5. Okt. 1920, V 666/20 = Recht Bd. 25 Spruchbeilage Nr. 1234 nicht entgegen, da in jenem Fall der Angeklagte über seine Einkommensverhältnisse getäuscht hatte und für diesen Fall andere Grundsätze gelten müssen.

(1. Sen. v. 19. Mai 1931; 1 D 334/31.) [D.]

---

liche Auffassung des Prozeßbetrugs von der betrügerischen Erlangung einer gegen eine Partei gerichteten richterlichen Entsch. auf die durch Täuschung des Richters erwirkte Bewilligung des Armenrechts. Nach jener vielfach wiederholten Lehre entfällt der Tatbestand des Betruges in zwei Grenzfällen: wenn der Richter ein bestimmtgeartetes prozessuales Vorbringen ungeachtet seiner Überzeugung als wahr behandeln **muß** und soweit er einseitigem Parteivorbringen **nicht** Glauben schenken **darf**. Innerhalb dieser Grenzen wird Betrug bejaht, wenn die Partei durch Fälschung der Beweisgrundlage den Richter täuscht und dadurch zu einer materiell unrichtigen Entsch. veranlaßt. Unterstellt man die Richtigkeit dieser Lehre, so läßt sie sich gleichwohl auf die Erwirkung des Armenrechts nicht anwenden. Bei der Bewilligung des Armenrechtes hat der Richter neben der Bedürftigkeit des Antragstellers nicht etwa zu prüfen, ob sein Anspruch begründet, sondern ob seine Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos ist (§ 114 ZPO.). Wenn das RG. sagt, der bewilligende Richter rechne mit der Möglichkeit der Unwahrheit des Parteivorbringens, so kann sich das nur auf die anspruchsbegründenden oder Einredetatsachen beziehen. Ja, selbst wenn er vom Gegenteil der vom Antragsteller geschilderten Sachlage überzeugt ist, kann er gleichwohl die Rechtsverfolgung für nicht aussichtslos halten, wenn er voraussieht, daß der Gegner das sachliche Vorbringen der armen Partei nicht widerlegen kann. Aber über die Möglichkeit des Prozeßausgangs bildet er sich in all diesen Fällen ein Urteil. Diese Prozeßprognose bezieht sich als **kognitive Beurteilung** (**Mezger**, Strafrecht S. 191) auf Erfahrungstatsachen. Eine gewisse Latitude in bezug auf den mutmaßlichen Prozeßausgang gehört zum Wesen des Möglichkeitsurteils, dieses selbst aber muß — nicht anders als ein Wahrheitsurteil nach § 286 ZPO. — in der richterlichen Überzeugung feststehen. Daraus ergibt sich, daß eine unterschiedliche Behandlung der beiden vom Richter zu prüfenden Voraussetzungen des § 114 ZPO. unbegründet ist. Jede „Vorspiegelung falscher Tatsachen" kann Täuschungsmittel i. S. des Betrugstatbestandes sein, mag sie sich auf die Bedürftigkeit des Antragstellers oder auf die Aussichten seiner Prozeßführung erstrecken. Aber auf diese, nicht auf die klage- oder einredebegründenden Tatsachen allein müssen sich die unwahren Behauptungen beziehen.

Der grundsätzliche Einwand gegen die herrschende Konstruktion des Prozeßbetruges besteht in der Erkenntnis, daß die materiell unrichtige rechtskräftige Entsch. kein dem Gegner von der Partei zugefügter Vermögensschade ist. Die Vorstellung, man könne in und durch den Richter die unterliegende Partei betrügen, verkennt die öffentlich-rechtliche Stellung des Prozeßrichters (vgl. **meine** Bemerkung zu JW. 1925, 1498[11]). Eben diese Überlegung versagt bei einer durch die Täuschung erwirkten Bewilligung des Armenrechts. Hier wird durch Täuschung des zuständigen Beamten der Fiskus unmittelbar geschädigt, wie es RG.: Recht 1921 Nr. 1234 bereits für die Zeit vor Einführung der Zahlung von Gebühren in Armensachen aus der Staatskasse nachgewiesen hat. Das Erschleichen von Vorteilen auf Kosten der Staatskasse ist stets Betrug, soweit es nicht wie in § 359 RAbgO. aus der längst unzeitgemäß gewordenen Bagatellisierung der Defraudation heraus zum Sonderdelikt gestempelt ist.

So liegt im vorl. Falle vollendeter Betrug vor, nicht anders, als wenn der Antragsteller, wie in dem zit. Fall Recht 1921 Nr. 1234, seine wirtschaftliche Lage ungünstiger darstellt, als sie in Wirklichkeit ist. Damit stellt freilich das Strafrecht an die Wahrheitsliebe der armen Partei strengere Anforderungen als an die reiche, die ohne das Gesuch des § 118 in den Prozeß eintritt. Aber diese Ungleichheit fällt nicht dem Strafrecht zur Last und spricht nicht gegen die vorstehende, vom RG. abweichende Lösung. Sie ist eine Folge davon, daß die arme Partei nicht nur in einem Rechtsstreit mit dem Gegner vor Gericht begriffen ist, sondern zugleich gewisse, an bestimmte Voraussetzungen gebundene Vorteile auf Staatskosten erstrebt. Partei und Richter stehen in beiden Fällen einander in verschiedenartiger rechtlicher Beziehung gegenüber. Die Voraussetzungen für die Betrugsstrafe lassen sich nur vermeiden, wenn das Prozeßrecht nach dem Vorbild des Steuerrechts eine Sonderbehandlung schafft; so de lege ferenda § 133 Entw. ZPO.

Prof. Dr. **Max Grünhut**, Bonn.

**22. §§ 331, 332, 263, 266, 350, 351 StGB.; § 267 StPO.

1. Die Gebühren der Gerichtsvollzieher gehen mit der Erhebung durch den Gerichtsvollzieher in das Eigentum des Justizfiskus über.

2. Widerspruchsvoll ist die gleichzeitige Feststellung direkten und bedingten Vorsatzes mit Bezug auf dieselbe Straftat.

3. Da der Gerichtsvollzieher kraft des durch den Vollstreckungsauftrag begründeten Treuverhältnisses und der in ihm beruhenden tatsächlichen Vertretungsmacht verpflichtet ist, wirtschaftlich berechtigte und übliche Vorteile im Interesse der Auftragspartei auszunutzen, so enthält die bloße Annahme von Rabatten durch den Gerichtsvollzieher weder eine Verletzung seiner Dienstpflicht i. S. des § 332 StGB., noch erfüllt sie für sich allein den Tatbestand des § 331 StGB. Dagegen kann der Gerichtsvollzieher, der die Rabatte nicht für sich in Anspruch nehmen darf, sie vielmehr an die Partei auszukehren hat, schon durch ihr Verschweigen gegenüber der Partei, um sich gegen deren berechtigtes Herausgabeverlangen zu schützen, sich des Betrugs schuldig machen. Für den Fall einer Vereitelung des Individualanspruches der Partei auf Herausgabe des Rabattes durch eigenmächtige Verfügung des Gerichtsvollziehers über die ersparten Beträge, kommt auch Untreue in Betracht. †)

I. Schwere Amtsunterschlagung.

Unzutreffend ist allerdings die Annahme der Rev., daß dem Gerichtsvollzieher von der preuß. Justizverwaltung gestattet sei, die eingezogenen Gebühren durch Vermischung mit eigenen Geldern in sein Eigentum zu überführen, und daß der Justizfiskus lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auszahlung des sich nach Abrechnung des Gebührenanteils des Gerichtsvollziehers ergebenden Betrages habe. Das Gegenteil ergibt sich aus der Bestimmung des § 28 Abs. 2 GVollzO., nach welcher die Gebühren der Gerichtsvollzieher „zur Staatskasse fließen" und von ihnen „für die Staatskasse erhoben" werden, und der Vorschrift des § 12 GVollzGeschAnw., daß der Gerichtsvollzieher „alle vermöge des Dienstes in seinen Besitz kommenden fremden Gelder ... getrennt von seinen eigenen Geldern ... aufzubewahren" hat. Die Gebühren gehen daher mit der Erhebung durch den Gerichtsvollzieher in das Eigentum des Justizfiskus über. Von einer Aneignungsbefugnis des Gerichtsvollziehers kann — wenigstens hinsichtlich der der Staatskasse verbleibenden Gebührenanteile (vgl. RGSt. 40, 378, 379) — nicht die Rede sein. Eine Aufrechnung des Gerichtsvollziehers mit schuldrechtlichen Ansprüchen gegen das Eigentumsrecht des Justizfiskus ist rechtlich ausgeschlossen (RGSt. 6, 125; RGEntsch. v. 2. Okt. 1906, 5 D 348/06). Daran wird auch durch die Einrichtung einer halbmonatlichen Abrechnung mit der Justizverwaltung nichts geändert. Der äußere Tatbestand der §§ 350, 351 StGB. ist danach — da auch sonst insoweit Bedenken nicht bestehen — einwandfrei nachgewiesen. Auch die Annahme des inneren Tatbestandes wäre nicht zu beanstanden gewesen, wenn das LG. sich auf die Urteilsabschrift S. 4 und 5 getroffenen Feststellungen beschränkt hätte, daß es sich in den fraglichen Fällen der Nichtablieferung von Gebühren „um eine systematische, ununterbrochene Folge" von Dienstvergehen, nicht um bloße auf Fahrlässigkeit beruhende Versehen handele und daß der BeschwF. die Dienstregister unrichtig geführt habe, „um eine Kontrolle unmöglich zu machen"; denn hieraus würde als Annahme des LG. einwandfrei hervorgehen, daß der BeschwF. von vornherein auf die Unterschlagung amtlicher Gelder und die Verdeckung dieser Tat durch unrichtige Führung seiner Register ausgegangen sei, daß er also mit direktem Vorsatz gehandelt habe. Das LG. hat aber an diese Ausführungen die Feststellung geknüpft, daß es — ebenso wie das erste Urteil — dem BeschwF. direkten Vorsatz nicht nachweisen könne, daß aber bedingter Vorsatz desselben zu bejahen sei, denn er habe, wie er selbst zugebe, „die von ihm eingeräumten objektiven Verfehlungen auch auf die Gefahr hin gewollt, daß sie möglicherweise eine Rechtsverletzung der Amtsunterschlagung darstellten, und er habe diesen Erfolg auch „durch Verwendung der fraglichen dem Staat zustehenden Gebührenanteile zu eigenem Nutzen „gebilligt". Abgesehen davon, daß die Beweisführung mit einem Geständnis des Angekl. den von der Rev. mit Recht gerügten tatsächlichen Widerspruch mit der Urteilsabschrift S. 2 getroffenen Feststellung aufweist, der BeschwF. habe jeden — auch nur bedingten — Vorsatz in Abrede gestellt, sind diese Ausführungen auch nicht zu vereinigen mit den zuerst erörterten, direkten Vorsatz des Angekl. ergebenden Feststellungen; beide entziehen einander gegenseitig den Boden. Bei diesem Fehlen eindeutiger tatsächlicher Feststellungen ist eine rechtliche Nachprüfung nicht möglich. Das Urteil mußte daher — auch auf die erhobene Sachrüge hin — insoweit aufgehoben werden.

II. Bestechlichkeit.

Auch die Beurteilung des BeschwF. aus § 331 StGB. konnte nicht aufrechterhalten werden, da der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht bisher nicht genügend geklärt ist.

Der BeschwF. hatte als Gerichtsvollzieher aus dienstlichen Gründen zu inserieren. Bei der Auswahl der Zeitungen hierzu hatte er Rücksicht zu nehmen auf die Interessen der Geschäfte, welchen die Inserate dienen sollten. Daß er die Auswahl nicht lediglich aus sachlichen Gründen getroffen, sondern aus Eigennutz gewisse Zeitungen bevorzugt habe, ist nicht festgestellt. Bei Masseninseraten hat der Inserent in der Regel die Möglichkeit einer Verbilligung durch Preisnachlaß (Rabatt). Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, diese Möglichkeit im Interesse der Partei, deren Geschäfte er zu führen hat, wahrzunehmen; er handelt pflichtwidrig, wenn er diesen wirtschaftlich berechtigten und üblichen Vorteil nicht ausnützt. Dies folgt aus dem durch den Vollstreckungsauftrag begründeten Treuverhältnis und die in ihm beruhende tatsächliche Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers (vgl. RGSt. 61, 228, 231). Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die einzelne Partei den Rabatt regelmäßig nicht erlangen kann, dies vielmehr erst durch die Zusammenfassung der mehreren Geschäfte durch den Gerichtsvollzieher ermöglicht wird. Die bloße Annahme von Rabatten durch den Gerichtsvollzieher enthält danach weder eine Verletzung seiner Dienstpflicht i. S. des § 332 StGB. noch erfüllt sie für sich allein den Tatbestand des § 331. Diese Gesetzesbestimmung setzt vielmehr einen — wenn auch zivilrechtlich möglicherweise rechtsungültigen — auf das Abkaufen der Amtshandlung gerichteten Vertrag voraus. Es müßte also Willensübereinstimmung zwischen dem Zeitungsverlage und dem Gerichtsvollzieher dahin bestanden haben, daß die Rabatte nicht die Diensthandlung verbilligen, also nicht dem zugute kommen sollten, „den es anging", sondern daß der Gerichtsvollzieher den Betrag — der dann aber nicht mehr als „Rabatt" bezeichnet werden könnte — in die eigene Tasche fließen lassen und als Gegenleistung dafür den Verlag bei der Auswahl der Zeitungen für die Aufgabe dienstlicher Inserate berücksichtigen solle und wolle.

Daß die dem Angekl. als Bestechung zur Last gelegten Fälle so lagen, kann den Urteilsfeststellungen nicht zuverlässig entnommen werden. Allein aus der Verwendung der Zeitungsrabatte zu eigenen Nutzen, auf die das LG. die Bestechung abstellt, kann es keinesfalls gefolgert werden. Wohl aber könnte darin der Tatbestand einer anderen strafbaren

---

Zu 22. Dem Urteil ist in jeder Richtung beizutreten. Daß die vereinnahmten Gebühren in das Eigentum des preuß. Justizfiskus übergingen und für den Angekl. fremde Sachen waren, kann nach der PrGVollzO. keinem Zweifel unterliegen, ebensowenig, daß dem GVollz. eine Aneignungs- oder Aufrechnungsbefugnis nicht zustand. Mit Recht hat das Urteil ferner einen Widerspruch gefunden in der gleichzeitigen Feststellung des direkten und des bedingten Vorsatzes. Der Tatbestand der Bestechung wurde zutreffend verneint, da eine Verletzung der Dienstpflicht nicht vorlag und ebensowenig ein auf Abkaufen der Amtshandlung gerichteter Vertrag. Mit Recht weist das Urteil darauf hin, daß unter Umständen Betrug oder Untreue in Frage kommen könne; letztere auch dann, wenn der GVollz. zunächst formaljuristischer Eigentümer des Rabatts geworden wäre, den Individualanspruch seiner Auftraggeber auf Herausgabe desselben aber vereitelt hätte. Dies entspricht durchaus der neuen Rspr., die durch § 348 Abs. 2 d. Entw. 1927 legalisiert werden soll.

ORA. i. R. Prof. Dr. Ebermayer, Leipzig.

Handlung, sei es des Betrugs, sei es der Untreue, gefunden werden.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt ist, „Rabatte“, d. h. zur Verbilligung der Diensthandlung gewährten Preisnachlaß, für sich in Anspruch zu nehmen, daß er solche Beträge vielmehr an die Partei auszukehren hat. Falls er die Höhe der Rabatte vorher nicht kennt, hat er die Rechtspflicht, der betreffenden Partei demnächst die eingetretene Ersparnis zu offenbaren. Allein sein Schweigen hierüber könnte also schon eine Vortäuschung durch Unterdrückung wahrer Tatsachen sein, um sich gegen das berechtigte Herausverlangen seitens der Partei zu schützen, und es könnte solchenfalls Betrug gegeben sein. Dagegen könnte Untreue (vgl. insoweit RGSt. 61, 228 ff.) vorliegen, wenn der Gerichtsvollzieher durch eigenmächtige Verfügung über die ersparten Beträge den Individualanspruch der Partei auf Herausgabe des Rabattes vereitelt hätte.

(3. Sen. v. 23. April 1931; 3 D 123/31.) [A.]

II. Verfahren.

23. §§ 55, 244 StPO.

1. Mit der Benennung eines Zeugen dafür, daß er einen anderen zur Anzeige des Angekl. angestiftet habe, kann nur gemeint sein, daß er den anderen bestimmt habe, den Angekl. durch Anzeige bei einer Behörde wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung zu beschuldigen.

2. Ein Zeugenbeweisantrag kann nicht deshalb wegen Ungeeignetheit des benannten Zeugen abgelehnt werden, weil dieser Zeuge nach § 55 StPO., um sich nicht der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen, die Aussage verweigern dürfe.†)

Begründet ist die Rüge, daß die StrK. dem Hilfsantrag auf Vernehmung des Zeugen W. nicht stattgegeben hat. Dieser war dafür benannt worden, daß er den F. zur Anzeige „angestiftet“ habe. Hiermit konnte nur gemeint sein, daß er den F. bestimmt habe, den Angekl. durch Anzeige bei einer Behörde wider besseres Wissen eines Sittlichkeitsverbrechens zu beschuldigen (§§ 48, 164 StGB.); denn eine Benennung W.s lediglich dafür, daß er den F. veranlaßt habe, eine wahrheitsgemäße Anzeige gegen den Angekl. zu erstatten, hätte keinen Sinn gehabt. Der Gedankengang, aus dem heraus die StrK. dem Hilfsantrage auf Vernehmung W.s keine Folge gegeben hat, läßt ersehen, daß sie die dargelegte Bedeutung des Antrages verkannt hat. Dieser hätte auch nicht etwa deshalb abgelehnt werden dürfen, weil der Zeuge nach § 55 StPO. zur Verweigerung einer Aussage über die Beweisfrage berechtigt gewesen sein würde; in dieser Hinsicht genügt es, auf das RGUrt. I 1110/14 vom 17. Dez. 1914: JW. 1915, 354[23] zu verweisen. Das angefochtene Urteil kann auf der Nichtvernehmung W.s auch insoweit beruhen, als der Angekl. wegen des Vorganges verurteilt ist, bei dem außer F. noch B. beteiligt war; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß die StrK. zu einer anderen Beurteilung auch dieses Falles gelangt sein würde, wenn sich F. im übrigen als unglaubwürdig erwiesen hätte.

(1. Sen. v. 1. Juni 1931; 1 D 494/31.) [A.]

24. Die Rechte aus § 115 StPO. stehen dem Verhafteten nicht kumulativ, sondern alternativ zu.

Das bedeutet aber nicht, daß neben dem Rechtsmittel der Haftbeschwerde der Rechtsbehelf der mündlichen Verhandlung unzulässig wäre. Vielmehr ist umgekehrt nur die Haftbeschwerde neben der mündlichen Verhandlung unzulässig. Das stellt § 115c Abs. 2 StPO. außer Frage, der die Zurücknahme der Beschwerde fingiert, wenn Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt ist. Aus dieser Regelung folgt, daß der Antrag auf mündliche Verhandlung auch dann oder erst recht dann zulässig ist, wenn über eine vorangegangene Haftbeschwerde bereits rechtskräftig entschieden ist. Die Vorschriften der StPO. über das Haftprüfungsverfahren schließen nur den gleichzeitigen Gebrauch des Rechtsmittels und des Rechtsbehelfs aus.

(4. Sen. v. 4. Sept. 1931; 13 J 505/31.)

****25.** § 244 StPO.; §§ 63, 64, 67 GVG.

1. Von einem Beschluß des Präsidiums kann nicht die Rede sein, solange nicht sämtliche an der Abstimmung zu beteiligenden Mitglieder ihre Stimmen abgegeben haben, mag auch in Anbetracht der großen Zahl der Mitglieder des Präsidiums die rechtzeitige Erledigung einer Beschlußfassung durch schriftliche Abstimmung auf Schwierigkeiten stoßen. Doch bedeutet die einstweilige Zuweisung eines Richters an eine Kammer durch den Präsidenten in Erwartung des Zustandekommens des zunächst nur von ihm selbst unterzeichneten Präsidialbeschlusses eine keiner besonderen Form bedürftige Bestimmung eines zeitweiligen Vertreters i. S. von § 67 GVG.

2. Als unerheblich darf ein Beweisantrag nur dann abgelehnt werden, wenn kein Zusammenhang zwischen den Beweisbehauptungen und dem Gegenstand der Urteilsfindung erkennbar ist. Erachtet jedoch das Gericht eine in diesem Sinne unerhebliche Tatsache für erwiesen oder unterstellt es sie als wahr, so liegt darin keine Beschwerung des Angekl.†)

1. Bei der von der Rev. beanstandeten Mitwirkung des GerAss. C. in der Berufungsverhandlung kommt folgendes in Betracht:

An Stelle des GerAss. J., dessen Überweisung an das LG. I sich erledigt hatte, wurde durch Beschluß des Präsidiums

Zu 23. Wesentlich ist in der Entsch. die Feststellung, daß ein Beweisantrag nicht deshalb abgelehnt werden darf, „weil der Zeuge nach § 55 StPO. zur Verweigerung einer Aussage über die Beweisfrage berechtigt gewesen sein würde“. Zunächst steht ja keineswegs fest, daß ein solcher Zeuge auch wirklich von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, da eine solche Verweigerung in sein freies Belieben gestellt ist. Sodann aber ist auch keinesfalls von vornherein anzunehmen, daß die von dem Zeugen zu erstattende Aussage ohne Beweiswert sein werde. In dieser Beziehung hat auch das RG. in der hier angezogenen Entsch. 1 D 1110/14 (JW. 1915, 354[23]) mit Recht darauf hingewiesen, daß es zwar Fälle gäbe, in denen das Gericht von der Erhebung des Beweises aus dem Grunde absehen dürfe, daß der benannte Zeuge ein Verweigerungsrecht habe, aber nur dann, wenn *sicher* anzunehmen sei, daß die Aussage sich nach Lage der Sache als belanglos darstellen würde, wie etwa die der nahen Verwandten des Angekl., die in der Regel unbeeidigt vernommen werden (RG. Rspr. 4, 633; 9, 164; 10, 92). Ein solcher Fall liegt aber bei den unter § 55 fallenden Zeugen schon deshalb nicht vor, weil sie auf jeden Fall zu beeidigen sind und ihre beeidigte Aussage nicht von vornherein als belanglos ausgeschieden werden kann. (Zustimmend hierzu auch Alsberg, Beweisantrag, 1930, S. 156 f. Vgl. außerdem RGSt. 5, 312; 31, 139; 40, 346 und Rosenfeld, Reichsstrafprozeß, 1912, S. 228 Anm. 16.) Geschieht dies aus dem Grunde, daß die Minderung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorauszusehen sei, wie im vorliegenden Falle, so liegt darin eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung. (Vgl. dazu Loewe-Rosenberg[18], Anm. 10e ε Abs. 2 zu § 244 und die dort angeführten Entsch.) Aber auch wenn es sich um einen Zeugen handelt, der ein Eidesverweigerungsrecht hat (§ 58) oder nach § 57 unbeeidigt zu vernehmen ist, darf nicht ohne weiteres seine Vernehmung abgelehnt werden, da es unzulässig wäre, den uneidlichen Aussagen verdächtiger Personen ganz allgemein gegenüber dem eidlichen Zeugnis anderer jede Bedeutung abzusprechen. (So mit Recht neuerdings RG.: JW. 1927, 2576 gegenüber der früheren Rspr. des RG., z. B. RG. Rspr. 4, 633 und JW. 1922, 300 mit Bem. Alsbergs. Vgl. dazu auch Alsberg: GoltdArch. 61, 472 f.)

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Zu 25. I. Zur Durchführung des in § 16 Abs. 1 Satz 2 GVG. aufgestellten und in Art. 105 Satz 2 RVerf. wiederholten Grundsatzes: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“ sind im GVG. Vorschriften vorgesehen, durch die bestimmt wird, daß die Zusammensetzung der Gerichte nicht für den einzelnen Fall ad hoc, sondern generell regelmäßig für das ganze Geschäftsjahr erfolgt. Die gesetzmäßig erfolgte Besetzung des Gerichts ist der gesetzliche Richter für den Einzelfall. Ein entgegen den gesetzlichen Bestimmungen besetztes Gericht ist nicht vorschriftsmäßig besetzt; gegen ein Urteil, das von einem solchen Gerichte gefällt wird, ist der absolute

des LG. „anderweit der GerAss. C. der HilfsStrK. II vom 24. Juni 1930 ab als Mitglied überwiesen". Als Tagesangabe enthält der Beschluß den 24. Juni 1930. Diese Angabe erweist sich jedoch, wie die Rev. mit Recht geltend macht, als eine unrichtige und irreführende Beurkundung; denn nach der nunmehr vorliegenden amtlichen Auskunft ist der Beschluß nicht etwa am 24. Juni 1930 — dem Tage seiner Unterzeichnung durch den LGPräs. — gefaßt worden, sondern er ist im Wege des Umlaufs bei den Mitgliedern des Präsidiums zustande gekommen, und dieser Umlauf war sogar am Tage der Berufungsverhandlung gegen den Angekl., dem 3. Juli 1930, noch nicht beendet. Ein Beschluß des Präsidiums lag also damals überhaupt noch nicht vor; denn auch bei schriftlicher Abstimmung kann von einer zu Ende geführten Beschlußfassung und einem wirklichen Beschluß nicht die Rede sein, solange nicht sämtliche an der Abstimmung zu beteiligende Mitglieder ihre Stimme abgegeben haben. Käme also für die Mitwirkung des GerAss. C. in der Berufungsverhandlung lediglich die damals noch nicht abgeschlossene und daher noch nicht zu einer „Anordnung" i. S. der §§ 63, 64 GVG. gewordene Beschlußfassung des Präsidiums in Betracht, so müßte die Rüge, daß das BG. nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei (§ 338 Nr. 1 StPO.), Erfolg haben.

Hieran würde auch der Umstand nichts zu ändern vermögen, daß die Zahl der Mitglieder des Präsidiums beim LG. I in Berlin so groß ist, daß ihre Zusammenberufung zu einer Präsidialsitzung in vielen Fällen wegen der damit verbundenen Störung der übrigen Dienstgeschäfte untunlich erscheinen mag, daß aber die rechtzeitige Erledigung einer Beschlußfassung durch schriftliche Abstimmung in eiligen Fällen auf Schwierigkeiten stoßen kann; denn alles das befreit nicht von der Beachtung von Bestimmungen, die das GVG. über die Bildung und Besetzung der einzelnen Kammern zwingend vorgeschrieben hat.

Hier greift jedoch § 67 GVG. ein, wonach — im Falle der Verhinderung des regelmäßigen Vertreters eines Mitglieds — ein zeitweiliger Vertreter durch den Präsidenten bestimmt wird. Um einen derartigen Fall handelte es sich hier, wo wegen Ausscheidens des GerAss. J. sich das Bedürfnis ergab, dieses Mitglied der 2. HilfsStrK. durch ein anderes Gerichtsmitglied zu ersetzen (§ 63 Abs. 2 GVG.), während der Beschlußfassung hierüber aber wenigstens für seine zeitweilige Vertretung zu sorgen. Eine dahingehende Anordnung, die einer besonderen Form nicht bedarf, ist der Sache nach darin zu erblicken, daß der LGPräs. nach seiner eingeholten Erklärung in Erwartung des Zustandekommens des zunächst nur von ihm selbst unterzeichneten Präsidialbeschlusses — also vorerst nur einstweilig — am 24. Juli 1930 den GerAss. C. der HilfsStrK. 2 zugewiesen hat. Diese im Rahmen des § 67 GVG. liegende Maßnahme behebt die Bedenken, die dagegen erhoben worden sind, daß dieser Richter in der Berufungsverhandlung mitgewirkt hat.

2. Die Ablehnung der in der Revisionsbegründung näher bezeichneten Beweisanträge ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Einwand der Rev., die Beweisanträge hätten richtiger als unerheblich abgelehnt werden müssen, greift nicht durch. Einmal kann keine Rede davon sein, daß die Beweisanträge so unerheblich waren, daß ein Zusammenhang zwischen den Beweisbehauptungen und dem Gegenstand der Urteilsfindung nicht erkennbar gewesen sei (vgl. RGSt. 61, 359, 360; 64, 432, 433); vor allem ist aber nicht ersichtlich, wie es den Angekl. beschweren könnte, wenn das Gericht eine i. S. jener Entscheidungen unerhebliche Tatsache auch ohne die beantragte Beweiserhebung für erwiesen hielt oder sie als wahr unterstellte. Denn das entsprach ja dem Ergebnis, das die Beweisanträge erzielen sollten, und mehr als das hätte auch durch die Erhebung der beantragten Beweise nicht erzielt werden können.

(2. Sen. v. 21. Mai 1931; 2 D 976/30.) [A.]

26. §§ 267, 329 Abs. 1, 34 StPO. Die Vorschriften des § 267 StPO. über den Inhalt der Urteilsgründe setzen eine sachliche Prüfung der gegen den Angekl. erhobenen Beschuldigung durch das Gericht voraus und greifen deshalb nicht Platz, wenn die Berufung des Angekl. wegen seines nicht genügend entschuldigten Ausbleibens sofort verworfen wird. Wohl aber muß das Urteil in diesem Fall das Vorliegen des bezeichneten Grundes nachweisen und die von dem Angekl. etwa vorgebrachten Entschuldigungsgründe samt den Erwägungen angeben, aus denen das Gericht sie nicht für genügend erachtet hat.†)

Das LG. hat die Berufung des Angekl. auf Grund des § 329 Abs. 1 Halbs. 1 StPO. verworfen. Die Rev. rügt, in dem Urteil sei nur festgestellt, daß der Angekl. durch seinen Verteidiger Entschuldigungsgründe für sein Ausbleiben habe

Revisionsgrund des § 338 Ziff. 1 StPO. gegeben (so jetzt die ständ. Auffassung des RG., vgl. Löwe, Anm. 4b zu § 338 StPO.). Was die Besetzung der Strafkammern anlangt, so werden gem. §§ 63, 64 GVG. vor Beginn des Geschäftsjahres auf seine Dauer die ständigen Mitglieder der einzelnen Kammer, sowie für den Fall ihrer Verhinderung die regelmäßigen Vertreter vom Präsidium des LG. bestimmt. Ist der regelmäßige Vertreter eines Mitglieds der Kammer verhindert, dann kann der LGPräs. einen zeitweiligen Vertreter bestimmen (§ 67 GVG.). M. a. W.: wenn der LGPräs. gemäß § 67 a. a. O. eingreifen will, so müssen sowohl ein ständiges Mitglied der Kammer, wie auch der oder die regelmäßigen Vertreter dieses Mitglieds i. S. des Gesetzes verhindert sein.

Im vorliegenden Falle war der GerAss. J. als (ständiges) Mitglied der HilfsStrK. II ausgeschieden; Ass. J. sollte durch ein anderes Gerichtsmitglied ersetzt werden. Dies konnte nur durch einen Beschluß des Präsidiums erfolgen. Bis zum Zustandekommen dieses Beschlusses hätte der durch Beschluß des Präsidiums vorgesehene regelmäßige Vertreter des Ass. J. in der HilfsStrK. II tätig werden müssen. Es ist aus der Entsch. nicht ersichtlich, daß die Frage geprüft worden ist, ob ein regelmäßiger Vertreter des ständigen Kammermitglieds J. aufgestellt war und ob und inwiefern er im Falle der Bejahung dieser Frage verhindert war. Erst nach Beantwortung dieser Fragen war Raum für die Anwendung des § 67 GVG. Der vom RG. getroffenen sachlichen Würdigung der als Beschluß des Präsidiums formulierten Anordnung des Präsidenten wird man, falls die oben gekennzeichneten Voraussetzungen für eine solche Anordnung vorliegen, nicht widersprechen können, wenngleich es befremdlich erscheinen mag, daß eine solche „unrichtige und irreführende Beurkundung" einer präsidialen Maßnahme stattgefunden hat.

II. Das Gericht hat die mit Hilfe der von dem Angekl. gestellten Beweisanträge zu erweisenden Tatsachen als wahr unterstellt und die hierin liegende Zusage im Urteil eingehalten. Die Revision der Angekl. rügt, die Beweisanträge seien vom Gericht nicht zutreffend gewürdigt worden. Die Wahrunterstellung sei unzulässig gewesen, da die Beweisanträge richtiger als unerheblich hätten abgelehnt werden müssen. Die Behauptung eines Angekl., sein Beweisantrag sei mit unzutreffenden Gründen abgelehnt worden, er hätte richtiger aus einem andern Grunde abgelehnt werden müssen, ist nicht unbeachtlich etwa deshalb, weil der Angekl. auf keinen Fall beschwert sein kann, da er der Ansicht ist, daß der Beweisantrag, wenn auch unter anderer Begründung, abzulehnen sei. Maßgebend für das RevG. ist nur, daß eine Gesetzesverletzung formgerecht gerügt ist, nicht aber die Rechtsauffassung, mit der die Rüge begründet wird. In einem solchen Falle würde das RevG. zu prüfen haben, ob die vom Gericht gewählte Begründung der Ablehnung dem Gesetz entspricht und, wenn dies nicht der Fall ist, ob die Ablehnung aus einem anderen Grunde, etwa aus dem vom Angekl. bezeichneten, gerechtfertigt ist.

Anders liegt der Fall hier. Formell sind die Beweisanträge abgelehnt, materiell aber ist ihnen durch Wahrunterstellung der zu erweisenden Tatsachen zugunsten der Angekl. stattgegeben worden. Handelt es sich also in Wirklichkeit um eine nicht unerhebliche Tatsache, die mit Hilfe der Beweisanträge erwiesen werden soll, dann ist durch das Vorgehen des Gerichts die Verteidigung der Angekl. nicht unzulässig beschränkt worden; handelt es sich aber wirklich um unerhebliche Tatsachen, dann können die Angekl., wie das RG. mit Recht sagt, sich nicht beschwert fühlen, wenn diese unerheblichen, für die Urteilsfindung also völlig gleichgültigen Tatsachen als erwiesen angesehen worden sind.

Generalstaatsanwalt Dr. Lang, Hamburg.

Zu 26. Das RevG. hat nicht nachzuprüfen, ob die etwaigen Entschuldigungsgründe des BeschwF. als genügend oder als ungenügend zu erachten sind — insoweit steht die Entscheidung im Ermessen des BG. Das RevG. hat aber darüber zu urteilen, ob das BG. in eine sachliche Prüfung der Entscheidungsgründe eingetreten ist oder nicht. Hierzu ist das RevG. nur in der Lage, wenn in den Gründen des angefochtenen Urteils die vorgebrachten Entschuldigungsgründe aufgeführt werden und zu ihnen sachlich Stellung genommen wird, wenn also dargelegt wird, aus welchen Erwägungen diese Entschuldigungsgründe für nicht genügend angesehen worden sind. Fehlen solche Ausführungen in dem BU. ganz oder sind sie unvollständig, unklar oder

vorbringen lassen, während ihr Inhalt sowie die Gründe, aus denen sie das LG. für unzureichend erachtet habe, in dem Urteil nicht angegeben seien. Daher könne das RevG. nicht nachprüfen, ob das LG. bei seiner Entscheidung den Rechtsbegriff der „genügenden" Entschuldigung richtig aufgefaßt habe; das Urteil verstoße somit gegen §§ 332, 267 StPO.

Das Rechtsmittel ist begründet.

Allerdings greifen die von dem BeschwF. angezogenen Gesetzesbestimmungen hier nicht ein. Denn die Anforderungen, die § 267 StPO. an den Inhalt der Urteilsgründe stellt, haben zur Voraussetzung, daß das erkennende Gericht in eine sachliche Prüfung der gegen den Angekl. erhobenen Beschuldigung einzutreten hatte, und schreiben für diesen Fall vor, nach welchen Richtungen alsdann das Gericht die von ihm gefällte sachliche Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Angekl. darzulegen und zu begründen hat. Irgendwelche sachliche Prüfung der Anklage liegt aber im Falle des § 329 Abs. 1 erster Halbsatz StPO. dem BG. nicht ob.

Die unrichtige Bezeichnung der vermeintlich verletzten Gesetzesbestimmung seitens des BeschwF. ist indessen unschädlich; entscheidend ist vielmehr allein, ob die von ihm gerügte Verfahrenstatsache gegen irgendwelche, wenn auch nicht gegen die von ihm selbst angeführte Verfahrensvorschrift verstößt. Das trifft aber hinsichtlich der in der Rev. gerügten Unzulänglichkeit der Gründe des BU. zu. Denn nach der Bestimmung im § 34 StPO. ist eine jede Entsch., die durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist, mit Gründen zu versehen, und um dem unverkennbaren Zweck der Vorschrift zu genügen, muß Inhalt und Umfang dieser Begründung so beschaffen sein, daß aus ihr die Gesetzmäßigkeit der getroffenen Entscheidung, wenn diese angefochten wird, von dem mit der Nachprüfung befaßten Richter beurteilt werden kann. Da nun die in § 329 Abs. 1 erster Halbsatz StPO. vorgesehene „sofortige" Verwerfung der von einem Angekl. eingelegten Berufung zur gesetzlichen Voraussetzung hat, daß das festgestellte Ausbleiben dieses Angekl. zu Beginn der Berufungsverhandlung nicht genügend entschuldigt ist, so muß ein jedes auf die genannte Gesetzesvorschrift gestützte Urteil das Vorliegen dieser Voraussetzung nachweisen und das bedingt für den Fall, daß für den Angekl. Entschuldigungsgründe vorgebracht worden sind, die Angabe ihres Inhalts und der Erwägungen, aus denen sie das Gericht für nicht genügend erachtet hat. Dem werden jedoch die Gründe des jetzt angefochtenen Urteils nicht gerecht. Aus dem einzigen Satze, daß der Angekl. angesichts seiner frühzeitigen Ladung die Vertagung des Termins, sobald ihm „das Vortragsanerbieten" gemacht wurde, hätte beantragen können, läßt sich über den Inhalt der von dem Angeklagten vorgebrachten Entschuldigung keine Klarheit gewinnen. Ohne deren nähere Darlegung läßt sich auch nicht beurteilen, ob es das BG. dem Angekl. mit Recht zum Vorwurf macht, daß er die „Pflicht, seinem Verteidiger seine Anschrift anzugeben, damit ihn dieser von der Entscheidung des Gerichts über den Vertagungsantrag hätte benachrichtigen können", verabsäumt habe, und ob hierdurch sein Nichterscheinen als nicht genügend entschuldigt angesehen werden dürfte.

(2. Sen. v. 11. Mai 1931; 2 D 407/31.) [A.]

27. § 345 Abs. 2 StPO. **Ein von Urkundsbeamten der zuständigen Geschäftsstelle aufgenommenes Protokoll der Revisionsanträge und deren Begründung ist dann keine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Revisionsbegründung, wenn der Angekl. seine an sich nicht erforderliche Unterschrift deshalb verweigert hat, weil er das vom Urkundsbeamten entworfene Protokoll nicht genehmigen, dessen Inhalt nicht als seinem Willen entsprechend anerkennen wolle.**

Nach § 345 Abs. 2 StPO. können die Revisionsanträge und deren Begründung „zu Protokoll" des Urkundsbeamten der zuständigen Geschäftsstelle angebracht werden. Hierzu ist die Unterschrift des Angekl. nicht erforderlich. Im vorliegenden Falle hat dieser jedoch ausdrücklich erklärt, „er verweigere die Unterschrift des Vorstehenden, die Revisionseinlegung halte er aufrecht, das Urteil erkenne er nicht an". Hierdurch hat der Angekl. unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er das von dem Urkundsbeamten entworfene Protokoll nicht genehmigen, dessen Inhalt nicht als seinem Willen entsprechend anerkennen wolle. In diesem von dem Angekl. nicht genehmigten und **deshalb** nicht unterschriebenen Protokoll**entwurf** ist eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Revisionsbegründung nicht zu erblicken. Da auch eine andere Begründung in der vorgeschriebenen Form und Frist nicht angebracht ist, war das Rechtsmittel gem. § 349 Abs. 1 Satz 1 StPO. mit der sich aus § 473 Abs. 1 Satz 1 daselbst ergebenden Folge für die Kosten als unzulässig zu verwerfen.

(3. Sen. v. 7. Mai 1931; 3 D 333/31.) [A.]

****28.** §§ 45, 48 Abs. 1 GVG.; § 338 Nr. 1 StPO. **Die Bestimmungen, nach denen die Schöffen vor dem Sitzungstage auszulosen sind, bedeuten, daß die Schöffen nur gerade für den Sitzungstag, der für die Verhandlung vorgesehen ist, auszulosen und zur Dienstleistung berufen sind.**

Zur Durchführung des Berufungsverfahrens war eine außerordentliche Sitzung der StrK. auf den 20. Aug. 1930 anberaumt worden. Darauf wurden nach den §§ 77 Abs. 1, 48 Abs. 1 GVG. die Schöffen E. und H. für diese Sitzung ausgelost. Als der Verhandlungstermin v. 20. Aug. 1930 später aufgehoben und sodann für die Berufungsverhandlung die außerordentliche Sitzung v. 19. Nov. 1930 anberaumt wurde, wurde diese unter Mitwirkung der beiden genannten Schöffen abgehalten. Eine Auslosung von Schöffen zu dieser neuen Sitzung fand nicht statt. Dies rügt die Rev. des StA. mit Recht als unzulässig.

Im alten SchwGVerfahren ist die Geschworenenbank für die einzelne Strafsache gebildet worden. Die Bildung der SchöffG. ist anders geregelt. Nach § 45 GVG. werden die Schöffen für die einzelnen ordentlichen **Sitzungstage** ausgelost. Dasselbe bestimmt § 48 Abs. 1 für die außerordentlichen Sitzungen. Die Schöffen sind „vor dem Sitzungstage" auszulosen. Das kann nicht die Bedeutung haben, daß, rein zeitlich, die Schöffen vor dem Tag auszulosen wären, an dem die Verhandlung stattfindet. Denn eine solche Auslosung wäre selbstverständlich und die Bestimmung daher überflüssig. Vielmehr kann es nur bedeuten, daß die Schöfefn zu der Sitzung auszulosen sind, und zwar gerade zu **dem Sitzungstag**, der für die Verhandlung vorgesehen ist. Nur für diesen Tag sind die Schöffen zur Dienstleistung berufen. Eine Tätigkeit an späteren Tagen gibt es nur im Rahmen des § 50 GVG., der aber hier nicht in Frage ist. Sind so die Schöffen für einen Sitzungstag bestimmt, so haben sie bei den auf diesen Tag anberaumten Sachen mitzuwirken. Kommt eine auf diesen Tag angesetzte Sache (abgesehen von dem genannten Fall des § 50) an diesem Tage nicht zur Entscheidung, sei es, daß die Verhandlung nach ihrem Beginn abgebrochen werden muß oder daß die Sache schon vorher abgesetzt wurde, so ist die Verhandlung später in einem neuen und selbständigen Termin, an einem neuen Sitzungstage, vorzunehmen, und für diesen sind aufs neue die Schöffen auszulosen. Daß die zunächst — hier für den 20. Aug. 1930 — bestimmt gewesenen Schöffen nicht für die fragliche Sache ausgelost waren und daß nicht eine Beziehung der Schöffen zu der Sache bestand, zeigt sich auch darin, daß nach Absetzung der Sache v. 20. Aug. 1930 (und vermutlich dem Wegfall der ganzen Sitzung) die vorliegende Sache auch auf einen ordentlichen Sitzungstag hätte angesetzt werden können.

(1. Sen. v. 12. Mai 1931; 1 D 121/31.) [A.]

---

widerspruchsvoll, so enthält das Urteil i. S. des § 338 StPO. „keine" Entscheidungsgründe. Solche Gründe sind aber nach § 34 StPO. notwendig (§ 267 StPO. gilt nur für Sachurteile).

Im vorliegenden Fall sind die Erwägungen des StrKUrteils unvollständig und unklar. Die Rev. ist also nach § 338 Ziff. 7 StPO. begründet und der Entsch. sonach beizutreten.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 3 AufwFällG. v. 18. Juli 1930.

1. Die Frist von fünf Jahren, für deren Dauer das Recht des Eigentümers zur Kündigung einer Aufwertungshypothek ausgeschlossen werden darf, beginnt, wenn eine nach dem Inkrafttreten des AufwFällG. getroffene Vereinbarung alsbald wirksam werden soll, nicht erst am 1. Jan. 1932, sondern schon mit dem Zeitpunkte der Vereinbarung.

2. Übersteigt die vereinbarte Dauer des Kündigungsausschlusses diesen Zeitraum, so bleibt die Vereinbarung regelmäßig auf fünf Jahre gültig. Dasselbe gilt von einem damit verbundenen entsprechenden Kündigungsausschluß für den Gläubiger. †)

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 8. Okt. 1931, 1 X 455/31.)

*

2. § 830 ZPO.; §§ 1145, 1151, 1152, 1113, 1115 BGB. Ist durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Hypothekenforderung „wegen und in Höhe" gewisser Vollstreckungsbeträge gepfändet worden, so erstreckt sich die Pfändung, falls in den Vollstreckungsbeträgen auch Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt an enthalten sind, entgegen der Fassung des Pfändungsbeschlusses nicht nur auf einen Teil, sondern auf die ganze Hypothek. †)

(KG., Beschl. v. 26. März 1931, 1 X 148/31, 1.)

Abgedr. JW. 1931, 2576[1].

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. § 37 StPO.; § 204 ZPO. Bis zur Akteneinsendung an das RevG. hat das Gericht, dessen Urteil angefochten wird, die Zustellungen vorzunehmen.

Beschlüsse des BayObLGSt. werden durch die StA. beim untergeordneten Gerichte zugestellt (vgl. JustMinEntschl. v. 27. Okt. 1901 Nr. 42417).

Damit ist jedoch keine Unterlage für die Frage gewonnen, welches Gericht zuständig ist, wenn bei der Zustellung eine beschlußmäßige Anordnung des Gerichtes notwendig ist.

Die Zuständigkeit des Gerichtes für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung kann, und zwar gleichviel, ob man diese Bewilligung schon als einen Akt der Zustellung selbst oder nur als Akt der Vorbereitung der erst durch andere Organe auszuführenden Zustellung erachtet, nur durch das Gesetz geregelt sein, so daß die strittige Frage nur durch Auslegung des Gesetzes zu lösen ist. Nach § 37 StPO. i. Verb. m. § 204 ZPO. sind für die Zustellungen im Strafverfahren die Vorschriften der ZPO. entsprechend anzuwenden. Nach § 204 ZPO. ist die öffentliche Zustellung durch das Prozeßgericht zu bewilligen.

Als solches ist im Zivilprozeß dasjenige Instanzgericht anzusehen, bei dem der Prozeß anhängig ist oder anhängig werden soll, somit nach Einlegung eines Rechtsmittels dasjenige Gericht, das über das Rechtsmittel zu entscheiden hat (Stein-Jonas, Anm. II zu § 204 mit Anm. I zu § 202 und Anm. II zu § 176).

Das kann jedoch, da das Verfahren bei Einlegung von Rechtsmitteln im Strafprozeß wesentlich anders geregelt ist, nicht auch für das Strafverfahren gelten. Nach den Bestimmungen über die Einlegung der Rev. ist diese bei dem Gerichte, dessen Urt. angefochten wird, einzulegen (§ 341 StPO.). Bei diesen sind auch die RevAnträge und die RevBegr. anzubringen (§ 345 Abs. 1 StPO.). Das sich anschließende gerichtliche Verfahren findet zunächst ebenfalls beim unteren Gerichte statt. Dieses hat dem BeschwF. das Urt. zuzustellen (§ 343 StPO.). Es hat zu prüfen, ob die Rev. rechtzeitig eingelegt ist und ob die RevAnträge und RevBegr. rechtzeitig und in der gesetzmäßigen Form angebracht sind. Es hat verneinendenfalls über die Rev. selbst durch Beschl. zu entscheiden (§ 346 Abs. 1 StPO.) und bejahendenfalls die RevSchrift dem Gegner zuzustellen (§ 347 Abs. 1 StPO.). Erst nach Einlauf der Gegenerklärung oder Ablauf der Frist erfolgt die Akteneinsendung an das RevG. (§ 347 Abs. 2 StPO.).

Bei dieser Verfahrensregelung ist bis zu der Akteneinsendung an das RevG. das Gericht, dessen Urt. angefochten wird, als das Prozeßgericht i. S. des § 37 StPO. mit § 204 ZPO. anzusehen.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 23. Juli 1931, RevReg. I Nr. 433/31.)

*

2. §§ 338 Nr. 8, 155 Abs. 2, 245 Abs. 2 StPO. Auch in Bagatellsachen darf der Richter nicht willkürlich, sondern er muß nach § 155 Abs. 2 StPO. verfahren.

Der Beschl. auf Ablehnung der Vernehmung des Zeugen K. ist nicht eindeutig. Er läßt die Auslegung zu, daß die Wahrunterstellung in dem Sinne geschehen ist, daß die für den Tatbestand erforderlichen Feststellungen nicht davon abhängig sind, ob die vom Angekl. behauptete und vom Gerichte als wahr unterstellte Tatsache wahr ist oder nicht, d. h. daß die behauptete Tatsache unerheblich ist. Diesen Standpunkt mußte der Tatrichter in klarer, unverdeckter Weise dem Angekl. bekannt geben. Hierbei mußte er schon im Ablehnungsbeschl. zu der Frage Stellung nehmen, in welchem bestimmten Zeitpunkte sich der unter Anklage gestellte Vorgang ereignete.

Dies hat er nicht getan, obwohl dazu um so mehr Anlaß gegeben war, als die Zeugenaussagen über den Zeitpunkt des Vorganges wie auch über das Aussehen des in Frage kommenden Kraftwagens auseinandergingen.

Diese Verfahrensart kann den Angekl. bezüglich des Standpunktes des Tatrichters in einen Irrtum versetzt und ihn in seiner Verteidigung benachteiligt bzw. beschränkt haben. Es wäre, wenn ihm die Auffassung des Tatrichters von der Unerheblichkeit seines Vorbringens durch entsprechende BeschlBegr. aufgedeckt worden wäre, vermutlich sein Bestreben gewesen, durch weitere Beweis-

---

Zu 1. Das KG. nimmt den entgegengesetzten Standpunkt ein als das LG. I Berlin: JW. 1931, 3291. Die Begr. des KGBeschl. nebst kritischer Besprechung wird alsbald veröffentlicht werden. D. S.

Zu 2. A. Anm. Rühl, ebenda.

B. Das Gefühl einer befriedigenden Lösung gewährt der Beschl. nicht, hat doch auch der Senat selbst seine Entsch. als einen Ausweg bezeichnet. Der von Rühl gezeigte Weg kann aber sicher dem Anspruch des Gläubigers nicht voll gerecht werden und als eine befriedigende Lösung erst recht nicht angesehen werden.

Die Zahl von Pfändungs- und Überweisungsgesuchen dieser Art ist sehr groß. Ich möchte meinen, daß es einen anderen Weg gibt, welcher eine beiden Teilen gerechte Lösung bietet.

Angenommen, A. hat von B. auf Grund eines Urt. 1000 *RM* samt 2% Zinsen über Reichsbankdiskont seit 1. Jan. 1931 und 78 *RM* festgesetzte Kosten eines Vollstreckungsbefehls zu fordern. Er will eine hypothekarisch gesicherte Forderung zu 20000 *RM* seines Schuldners B. pfänden, welche auf einem Grundstück des C. im Grundbuch eingetragen ist.

Nun kann nach dem oben angeführten Beschl. die Pfändung für 1078 *RM* eingetragen werden; nicht jedoch für die Zinsen. Ist entsprechend dem Beschl. des Sen. die ganze Forderung und Hypothek gepfändet, läuft der Gläub. keine Gefahr. Andererseits ist der Schuldner in der Verwertung des größten Teils seiner Forderung gehindert.

Ich halte dafür, daß der Gläubiger zu seinem Rechte kommen kann und der Schuldner in seiner Bewegungsfreiheit nicht behindert ist, wenn ersterer den Antrag stellt:

1. die Forderung und Hypothek bis zum Teilbetrag von 2000 *RM* samt den eingetragenen Zinsen im Vorrang vor dem Überschuß zu pfänden,
2. ihm die gepfändete Forderung und Hypothek bis zum Betrag von 1000 *RM* Hauptsache, 78 *RM* festgesetzte Kosten und 2% Zinsen aus 1000 *RM* seit 1. Jan. 1931 und den bisherigen Vollstreckungskosten zu . . . *RM* zur Einziehung zu überweisen.

Es darf angenommen werden, daß der Gläubiger sein Guthaben einzieht, ehe es mit Nebenleistungen das Doppelte seiner Hauptforderung erreicht.

Ist dieser Weg der richtige, dann muß ihn vor allem der Gläubiger betreten. Hat er es aber nicht getan, so ist die Frage, ob das um Pfändung angegangene Vollstreckungsgericht einen weitergehenden, sich auf die ganze Hypothek erstreckenden Antrag in diesem Sinne umdeuten kann. M. E. hat das Gericht diese Befugnis; es kann aber vorsorglich den Gläubiger darauf hinweisen, daß er eine Überpfändung begehrt, gegen welche immerhin Bedenken vorliegen können. RA. Dr. Fischer, Augsburg.

C. Der Beschl. (und meine Anm.) hatten die Aufgabe, sich mit einem formuliert vorliegenden Antrag des Gläubigers zu befassen, nicht aber, eine zweckmäßige Formulierung für solche Anträge vorzuschlagen. Eine solche zweckmäßige Formulierung bietet auch Fischer nicht, da seiner Fassung das Verbot der Überpfändung entgegensteht. Nur aus dem Gesichtspunkte, daß auch hypothekarisch gesicherte Forderungen heute meist einen weit geringeren Wert als ihren Nennbetrag haben, ließe sich der Antrag allenfalls rechtfertigen.

Für eine Befugnis des Gerichts, einen auf Pfändung der ganzen Hypothekenforderung gerichteten Antrag in Fischers Sinne umzudeuten, sehe ich weder Rechtsgrundlage noch Bedürfnis (vgl. auch die bei Stein-Jonas § 803 III geschilderte Praxis). Das KG. hatte gerade den umgekehrten Schritt getan, indem es (übrigens als BeschwInst. nicht gegenüber dem Vollstreckungsgericht [an das Fischer zu denken scheint], sondern gegenüber dem GBA.) den Antrag stark erweiterte. Prof. Dr. Rühl, Göttingen.

anträge den Zeitpunkt des Vorfalles genau festzulegen und damit die Erheblichkeit seines Beweisvorbringens darzutun (s. Alsberg, Beweisantrag, § 8, insbes. Ziff. VI; ferner RGSt. 61, 359; JW. 1930, 1068).

Die Lage des Falles bot zudem für das Gericht allen Anlaß, entsprechend der durch § 155 Abs. 2 StPO. begründeten Pflicht zur selbständigen Wahrheitserforschung auch über die Anträge des Angekl. hinaus von Amts wegen jeder Aufklärungsmöglichkeit nachzugehen und beispielsweise den Versuch zu machen, durch Anfrage bei der Trambahndirektion den Zeitpunkt, in welchem der in Rede stehende Wagen der Straßenbahn an der Haltestelle P. gehalten hat, genau festzustellen.

Die Verfahrensart des AR. wurde auch nicht durch § 245 Abs. 2 StPO. gedeckt. Der Richter darf auch in Bagatellsachen über den Umfang der Beweisaufnahme nicht willkürlich, sondern nur nach pflichtmäßigem, den Grundsatz der Wahrheitserforschung nach § 155 Abs. 2 StPO. beachtendem Ermessen bestimmen. Er muß daher jeden Beweisantrag, insbes. bezüglich der Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen prüfen. Insoweit gelten auch für die Bagatellsachen die Vorschriften der §§ 244 Abs. 2, 34 StPO. (vgl. Urt. des BayObLG. RR II 420/27: BayRpflZ. 1928, 142).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 28. Juli 1931, RevReg. I Nr. 536/31.)

*

3. §§ 23 Ziff. 18, 63, 69, 73, 89 RAGebO. **Gebühren des RA. für die Mitwirkung bei Veröffentlichung des Urt.** †)

Der Urkundsbeamte des LG. M. hat die dem Nebenkl. von dem Angekl. auf Grund des rechtskräftigen Urt. des SchwG. zu erstattenden Kosten auf 376,70 *RM* festgesetzt. Dabei sind als erstattungsfähig inbegriffen 5 × 12 *RM*, nämlich je $^3/_{10}$-Gebühr aus 40 *RM* — § 63 RAGebO. —, in Summe 60 *RM* nebst Umsatzsteuer, die vom anwaltschaftlichen Vertreter des Nebenkl. für seine Mitwirkung beim Vollzug der dem Nebenkl. erteilten Ermächtigung, den Urteilssatz durch Anschlag an der Gemeindetafel und durch Einrücken in vier Tageszeitungen zu veröffentlichen, in Ansatz gebracht waren.

Auf die Erinnerungen des Mitangekl. F. hat das LG. nur eine Zwangsvollstreckungsgebühr nach §§ 23 Ziff. 18, 63 RAGebO. mit 12 *RM* und 10 Pf. Umsatzsteuer zugebilligt und die zu erstattenden Kosten auf 328,30 *RM* herabgesetzt.

Mit der sof. Beschw. bezweckt der Nebenkl. Erhöhung dieser Summe um 108,95 *RM*, indem er geltend macht, es kämen fünf selbständige Vollstreckungsmaßnahmen in Betracht, für die zufolge der Vorschrift der §§ 89, 23 Ziff. 18, 31 RAGebO. je $^3/_{10}$ Vollstreckungsgebühr aus 80 *RM* zu berechnen seien, da die Verteidigung vor dem SchwG. geführt wurde. Demnach müßten für die in der Vollstreckungsinstanz entwickelte Tätigkeit des Vertreters des Nebenkl. 120 *RM* Gebühr und 1,05 *RM* Umsatzsteuer erstattet werden.

Die Beschw. ist nicht begründet.

Die Frage, ob der Anwalt des Verletzten für solche Bemühung eine Gebühr beanspruchen kann und in welcher Höhe sie zu bemessen ist, ist bestritten (vgl. Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren und die deutsche RAGebO., 10. Aufl., 2b zu § 69).

Da die Tätigkeit erst entwickelt wird, nachdem das Strafverfahren durch das rechtskräftige Urt. seinen Abschluß gefunden hat, ist sie durch die als Vergütung auf Grund der Vorschrift der §§ 63, 73 RAGebO. angefallenen Gebühren nicht abgegolten. Es hat deshalb eine besondere Entlohnung stattzufinden.

Dem angefochtenen Beschluß kann jedoch in der Annahme, es sei für jene Mühewaltung des RA. eine Gebührenvorschrift nicht vorhanden, darum erscheine die Anwendung der Vorschrift des § 89 RAGebO. mit §§ 23 Ziff. 18, 63, 73 RAGebO. angezeigt, nicht beigepflichtet werden.

Es ist nicht abzusehen, weshalb für diese weder schwierige noch zeitraubende Arbeit des RA. nicht die Gebührenbestimmung des § 69 (2 *RM*) — Anfertigung anderer als der in § 68 bezeichneten Anträge, Gesuche und Erklärungen — zutreffen sollte. Nur ein solches Entgelt kann für entsprechend erachtet werden (ebenso Willenbücher a. a. O. Anm. 2 zu § 69 und die dort angef. Entsch.).

Bei der gegenteiligen, von Walter-Joachim (RAGebO. S. 429; Quednau, Vorbem. zu Abschn. 4 RAGebO.) vertretenen Auffassung ist der Unterschied zwischen einer Zwangsvollstreckung, die zur Befriedigung des Gläubigers führen soll, und dem Vollzug eines Strafurteils nicht genügend berücksichtigt. Gerade die Vorschrift des § 75 RAGebO. gibt zu erkennen, inwieweit vom Gesetzgeber bei den Gebühren in Strafsachen die Anwendung des § 23 a. a. O. für geboten erachtet wurde.

Soweit der 4. Abschn. der RAGebO. eine zur Anwendung geeignete Normierung enthält (§ 69), ist auf anderweitige Gebührenvorschriften nicht zurückzugreifen.

Zu welch unerträglichem Ergebnisse die Anwendung des § 23 Ziff. 18 mit §§ 31, 63, 73 RAGebO. führen kann, zeigt so recht der vorliegende Fall. Es wird nicht weniger verlangt als das $^1/_2$fache der Gebühr, die dem RA. für die Vertretung des Nebenkl. in der Hauptverhandlung zustand, obwohl es sich doch nur um ein unbedeutendes Nebengeschäft handelte.

Soweit das BayObLG. früher einen anderen Standpunkt eingenommen hat (vgl. BayRpflZ. 1913, 426), kann er nicht aufrechterhalten werden.

Demnach wäre dem Vertreter des Nebenkl. jedes Schreiben, das die Veröffentlichung des Urt. bezweckte und deshalb einen Antrag oder ein Gesuch i. S. des § 69 RAGebO. enthielt, mit 2 *RM* zu vergüten; für die Anfertigung der notwendigen fünf Schreiben ist sohin lediglich eine Gesamtgebühr von 10 *RM* verdient.

Da gegen den landgerichtlichen Beschl. nur vom Nebenkl. ein Rechtsmittel eingelegt wurde, kann die Entsch. nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden. Die Beschw. war deshalb mit der nach § 464 Abs. 2 StPO., § 97 ZPO. vorgeschriebenen Kostenfolge als unbegründet zu verwerfen.

(BayObLG., StrSen., Beschl. v. 25. Febr. 1931, BeschwReg. I Nr. 13/31.)

Zu 3. Nach § 200 Abs. 1 StGB. ist, wenn wegen einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung auf Strafe erkannt wird, dem Beleidigten zugleich die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekanntzumachen, wobei die Art der Bekanntmachung in dem Urteil zu bestimmen ist. Nach herrschender Ansicht hat diese Bekanntmachung der Verurteilung die Eigenschaft einer Nebenstrafe (vgl. RGSt. 6, 180; 13, 319; 29, 47).

Die Herbeiführung dieser Veröffentlichung bildet daher einen Teil der Vollstreckung des Urteils. Die Tätigkeit des Anwalts, welcher sich dem Auftrage unterzieht, eine solche Veröffentlichung herbeizuführen, stellt somit einen Akt der Zwangsvollstreckung dar, welcher als solcher besonders zu vergüten ist. Die Tätigkeit wird auch durch die Gebühr der §§ 63 ff. RAGebO. nicht abgegolten, da sie erst nach erlangter Rechtskraft des Urteils einsetzt und daher nicht mehr zur Instanz gehört (vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, Vorbem. zum 4. Abschn. Anm. 9; LG. München II: JW. 1929, 3195[13]; Baumbach, § 63 Anm. 1, Vorbem. zum 4. Abschn. Anm. 2).

Insoweit ist auch dem obigen Beschluß beizutreten.

Über die Höhe der Vergütung herrscht in Schrifttum und Rspr. Streit. Die eine Ansicht will die Gebührenbestimmung des § 69 zur Anwendung bringen, während die andere Auffassung die Gebühr gem. § 89 unter Zugrundelegung des § 75 Nr. 2 nach § 23 Nr. 18 bestimmen will. Mir erscheint letztere Ansicht die richtige. Auch das BayObLG. hat bisher den gleichen Standpunkt vertreten (vgl. BayZ. 9, 426).

Die Geltendmachung der Veröffentlichkeitsbefugnis durch den Beleidigten ist die Verwirklichung eines urteilsmäßigen Rechts und stellt ebenso wie die Einziehung der Buße eine Vollstreckung des Urteils dar. Aus diesem Grunde erscheint es durchaus gerechtfertigt, für die Tätigkeit des Anwalts eine Vollstreckungsgebühr gem. § 23 Nr. 18 RAGebO. diesem zuzubilligen. Allerdings kann diese Gebühr im Falle der Veröffentlichung in mehreren Zeitungen nicht mehrmals entstehen, sondern diese bildet einen einheitlichen Akt der ZwVollstr. Es kommt sonach nur einmal die $^3/_{10}$-Gebühr aus 40 *RM* (§ 63 RAGebO.) zum Ansatz. Daß der Anwalt bei der Mitwirkung der Veröffentlichung unter Umständen eine umfangreiche Tätigkeit zu entwickeln hat, ist von Walter-Joachim-Friedlaender a. a. O. eingehend dargestellt, spielt aber für die Pauschalgebühr keine Rolle.

Auch hier liegt wiederum m. E. ein Fall vor, dessen schleunige gesetzliche Regelung geboten erscheint. Wenn man die Fülle der Judikatur, die sich seit über 40 Jahren mit dieser Frage beschäftigt hat, in den Kommentaren betrachtet, wenn man ferner berücksichtigt, daß auch in vorliegendem Fall ein Urkundsbeamter und drei Mitglieder des LG. und ein Senat des BayObLG. mit der Prüfung der Rechtsgrundlage sich befaßt haben, so entspricht dieser Aufwand an Zeit und Arbeitskraft in keiner Weise den heutigen Bestrebungen auf Vereinfachung und Verbilligung der Rechtspflege. Es gibt eine Fülle von sog. „Streitfragen", die ohne erhebliche wirtschaftliche und juristische Bedeutung stets von neuem die Gerichte in zwei bis drei Instanzen beschäftigen. Die Justizverwaltung würde sich ein großes Verdienst erwerben, wenn sie an Hand der Kostengesetze sich einmal entschlösse, derartige Zweifelsfragen, die sich teilweise seit dem Jahre 1879 „wie eine ewige Krankheit forterben", durch einen kühnen Federstrich, d. h. durch eine klare Regelung, zu beseitigen.

RA. Dr. Alfred Carlebach, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin. **I. Materielles Recht.**

1. Der „Sparfonds für die Beamten und Dienstverpflichteten des Provinzialverbandes von Brandenburg" von 1911 ist keine öffentliche Sparkasse i. S. der §§ 55 ff. AufwG.? Aufwertungspflicht der Provinz für Spargutbhaben aus § 62 AufwG. nicht über 15%.

Die Frage, ob es sich um eine öffentliche Sparkasse handelt, ist nach Landesrecht zu beurteilen. Sie ist zu verneinen, weil weder die Begründung einer öffentlichen Sparkasse beabsichtigt war, noch eine dazu erforderliche, nach öffentlichem Recht zu beurteilende Anstalt mit einer Satzung vorlag, noch die zu ihrem Entstehen erforderliche kgl. Genehmigung eingeholt oder erteilt worden ist. Vielmehr handelte es sich um ganz gewöhnliche Einlagen, wie sie bei jedem Arbeitgeber vorkommen können, der nicht öffentlich-rechtliche Persönlichkeit besitzt. Sie wurden also reine Darlehen i. S. des Zivilrechts und nicht Sparkassenguthaben i. S. des AufwG.

Die umstrittene Frage nach dem Begriff einer öffentlichen Sparkasse kann jedoch ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob eine Vermögensanlage vorliegt und daher die Aufwertung 25% nicht übersteigen darf. Denn in jedem Falle erscheint eine 15% übersteigende Aufwertung nicht begründet, weil erfahrungsgemäß die öffentlichen Verbände allgemein zu einer höheren Aufwertung als auf 15% nicht imstande sind und die Steuerkraft und die Vermögenslage der bekl. Provinz eine höhere Aufwertung nicht rechtfertigen. . . .

(KG., 31. ZivSen., Urt. v. 17. Sept. 1931, 31 U785/31.)

Mitgeteilt von LGDir. Dr. Gernsheim, Berlin.

*

Düsseldorf.

2. § 419 BGB.; § 771 ZPO. Zur Anwendbarkeit des § 419. Aus dieser Bestimmung ist nicht zu entnehmen, daß der Übernehmer die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers, der nur gegen den Schuldner einen Schuldtitel hat, dulden muß.

Die Bekl. hat auf Grund eines Arrestbefehls bei dem Metzger H. die Einrichtung der Wurstküche und des Ladens pfänden lassen. Der Kl. behauptet, diese Sachen seien sein Eigentum. Er habe an den Schuldner eine Forderung gehabt, zur Sicherung seien ihm die Sachen durch Vertrag übereignet worden. Nachdem während des Rechtsstreits die Sachen im Einverständnis beider Parteien freihändig verkauft und der Erlös bei einer Sparkasse hinterlegt worden war, hat der Kl. den Antrag gestellt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären und die Bekl. zu verurteilen, in die Auszahlung des Erlöses an den Kl. einzuwilligen. Beide Instanzen haben der Klage stattgegeben.

Der Vertrag zwischen Kl. und Schuldner verstößt nicht gegen die guten Sitten. Denn es war damit nicht bezweckt, die anderen Gläubiger des Schuldners über dessen Kreditwürdigkeit zu täuschen; und der Schuldner wurde auch nicht in ungebührlicher Weise in seiner wirtschaftlichen Freiheit beeinträchtigt. Er befand sich nach dem Vertragsabschluß in derselben Lage, in der sich namentlich die Anfänger unter den Geschäftsleuten vielfach befinden. Denn diesen wird häufig die Einrichtung ihres Geschäftes und auch ihrer Wohnung unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Seine Erwerbsfähigkeit wurde durch den Vertrag nicht gehemmt. Der Ansicht der Bekl., daß der Vertrag wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sei, kann nicht zugestimmt werden. Zur Zeit des Vertragsabschlusses hatte der Kl. 1675 *RM* zu fordern. Die Übereignung erfolgte aber nicht nur zur Sicherung dieser Forderung, sondern hatte den Zweck, die jeweilige Forderung des Kl., der dem Schuldner auch weiterhin Kredit gab, zu sichern. Wenn das auch nicht deutlich in dem Vertrag zum Ausdruck gekommen ist, so war es doch der Sinn der Abmachung. Es liegt also der Fall der sog. kongruenten Deckung vor. Und der Vertrag könnte deshalb nur dann angefochten werden, wenn die Gläubigerbenachteiligung der Endzweck des Vertragsabschlusses gewesen wäre. Das ist aber nicht anzunehmen. Es mag sein, daß der Schuldner inzwischen die ursprünglich rückständigen 1675 *RM* gezahlt hat. Da aber die Übereignung die jeweilige Forderung des Kl. sichern sollte, und dieser noch jetzt eine Forderung an den Schuldner hat, so besteht auch sein Eigentum noch zu Recht. Die Frage, ob der Schuldner sein ganzes Vermögen auf den Kl. übertragen hat, ist für die Entscheidung ohne Bedeutung. Denn aus § 419 BGB. kann nicht gefolgert werden, daß der Kl. die Zwangsvollstreckung der Bekl., die nur einen Vollstreckungstitel gegen den Schuldner hat, in sein Vermögen dulden muß.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 26. Juni 1931, 7 U 42/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ludwig Löwenstein II, Düsseldorf.

Berlin. **II. Verfahren.**

3. §§ 3, 6 ZPO. Einstweilige Verfügungen, mit denen die Sicherung einer Forderung durch Herausgabe eines Gegenstandes an den Gerichtsvollzieher erstrebt wird, sind nicht nach § 6 ZPO., sondern nach § 3 ZPO. zu bewerten.

Wie Stein-Jonas, Anm. I, 2 zu § 6 zutreffend ausführt, ist, wenn in Beziehung auf einen Streitgegenstand nur eine vorläufige Regelung durch eine EinstwVerf. erstrebt wird, nicht der Besitz selbst der Streitgegenstand und kommt § 6 demnach nicht zur Anwendung. Dieser Ansicht entsprechend führen Stein-Jonas in Anm. V zu § 3 aus, daß bei EinstwVerf. dieser Art der Streitwert nicht nach dem Werte der Sache, deren Herausgabe an den Gerichtsvollzieher verlangt wird, sondern nach dem Interesse des Antragstellers an der anzuordnenden Maßnahme zu bestimmen ist. Denselben Standpunkt vertreten das RG. und die ZivSen. 16 und 2 des KG. (16 W 4043/31 und 2 W 2713/31).

Der Grundgedanke der sich auf die Streitwertfestsetzung beziehenden Gesetzesbestimmungen ist der, daß das Interesse des den Rechtsstreit Betreibenden maßgebend sein soll. Dieser Grundgedanke ist auch bei dem § 6 ZPO. nicht verlassen worden. Dieser Paragraph hat nur bestimmte Richtlinien für die Bemessung dieses Interesses gegeben. Wenn um den Besitz einer Sache gestritten wird, dann soll deren Wert das Interesse des Kl. darstellen, und wenn der Kl. die Sicherstellung einer Forderung erstrebt, dann soll dasselbe von dem Betrage der Forderung gelten. Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß im ordentlichen Verfahren auch dann, wenn um einen nur kurzfristigen Besitz gestritten wird oder wenn der Kl. nicht Eigenbesitz verlangt, sondern den Bekl. als Oberbesitzer anerkennt, der Streitwert nach dem vollen Werte der Sache selbst festgesetzt wird. Auch in diesen Fällen deckt sich das Interesse des Kl. mit dem Wert der Sache insofern, als er eine abschließende — jedenfalls „abschließend" in dem Sinne der Unabänderlichkeit für eine bestimmte Zeit —, von dem bisherigen Zustand abweichende Regelung der tatsächlichen Gewalt — unabhängig von weiteren an der Sache bestehenden Rechten — über die Sache erstrebt. Anders liegt es bei EinstwVerf.; mit ihnen wird nie abschließend für eine von vornherein bestimmte — wenn auch kurze — Zeitspanne eine Besitzänderung oder eine Sicherstellung der Forderung erreicht. Es handelt sich nur um eine vorübergehende, zeitlich unbestimmte Sicherstellung; jederzeit kann und muß mit einer Aufhebung der EinstwVerf., z. B. im Falle des zeitlich unbeschränkten Widerspruchs gegen diese Verfügung oder des ebenso zeitlich unbeschränkten Antrages auf Aufhebung wegen veränderter Umstände, gerechnet werden. Hier kann also nicht von einer abschließenden Sicherstellung gesprochen werden, auch nicht, wenn man das Wort „abschließend" nur den Worten „unabänderlich für eine gewisse Zeit" gleichsetzt.

(KG., 14. ZivSen., Beschl. v. 16. Juni 1931, 14 W 5612/31.)

Mitgeteilt von LGR. Erich Ebelt, Berlin.

*

4. §§ 137, 568 Abs. 2, 573 ZPO.; § 96 ZwVerstG. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund (§ 568 Abs. 2 ZPO.) ist gegeben, wenn das LG. als Beschwerdegericht Zeugen vernimmt und deren Aussagen zugrunde legt, ohne vorher das Ergebnis der Beweisaufnahme dem Beschwerdeführer mitzuteilen.

Wenn auch das BeschwG. bei der von ihm vorgenommenen Beweisaufnahme insofern freier gestellt ist, als die Formen der Beweisaufnahme insoweit keine Anwendung finden, als sie auf das mündliche Verfahren zugeschnitten sind — dies gilt auch von § 357 ZPO., der von dem Recht der Parteien der Beweisaufnahme beizuwohnen spricht (KG.: BuschZ. 13, 394, im übrigen RG.: JW. 98, 352. A. M. OLG. 5, 328 und 33, 86) —, so haben doch die BeschwF. zum mindesten das Recht, daß ihnen das Ergebnis der Beweisaufnahme mitgeteilt wird, um gegebenenfalls dazu Stellung zu nehmen. Unterbleibt aber wie im vorigen Fall eine derartige Benachrichtigung, und legt andererseits das LG. die Zeugenaussage ohne weiteres zugrunde, dann liegt in der Unterlassung der Benachrichtigung die Verletzung des rechtlichen Gehörs der BeschwF. Damit ist ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben.

(KG., 12. ZivSen., Beschl. v. 9. Juli 1931, 12 W 4512/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

5. Für den Widerruf des Prozeßvergleichs „durch einfache Anzeige zu den Gerichtsakten" reicht es aus, wenn der Prozeßbevollmächtigte am letzten Tage der Frist die — nicht unterschriebene — Gerichtsabschrift des den Widerruf enthaltenden Schriftsatzes mit der Erklärung auf der Geschäftsstelle abgibt, er lege Wert darauf, daß der Schriftsatz noch heute präsentiert werde.

(KG., 4. ZivSen., Beschl. v. 16. Juli 1931, 32 W 7484/31.)

Mitgeteilt von LGDir. Dr. Sprinz, Berlin.

*

6. §§ 318, 567, 705, 929 ZPO. **Hat das Gericht bei der Beschlußfassung ein eingelegtes Rechtsmittel in offenbar unrichtiger Würdigung der Zulässigkeitsvoraussetzungen als unzulässig verworfen, dann kann es seine Entscheidung bei nachträglicher Erkenntnis seines Irrtums abändern. § 318 ZPO. gilt nicht für Beschlüsse. Die Frist des § 929 ZPO. kann nicht durch einen leeren Antrag ohne Beifügung der gesetzlich geforderten urkundlichen Nachweise gewahrt werden.**

Der Gesichtspunkt der formellen Rechtskraft steht nicht notwendig der Abänderung eines Gerichtsbeschlusses entgegen. Zwar bezieht sich die Rechtskraft nicht nur auf Urteile, sondern auch auf Beschlüsse, sogar auf solche, die nur der einfachen Beschwerde unterliegen, falls der Instanzenzug dieser Beschwerde erschöpft ist (Stein-Jonas § 567 IV 3). Doch hat die formelle Rechtskraft, wie sich aus § 705 ZPO. ergibt, sowohl zur Voraussetzung als auch zum Inhalt, wenn nicht sogar allen, so doch in erster Linie, die Unanfechtbarkeit der ergangenen Entsch. durch die Parteien. Ob und inwieweit eine Entsch. gerichtlicher Abänderung unterliegt, bestimmt sich nach anderen Grundsätzen. Für Urteile gilt dabei § 318 ZPO., wonach das Gericht an die von ihm erlassenen Urteile gebunden ist. Diese Bindung bedeutet einmal, daß das Gericht den Inhalt der früheren Entsch. auch der späteren zugrunde zu legen hat, sodann, was hier in Betracht kommt, daß das Gericht sein Urteil nicht selbst aufheben oder abändern kann, sei es durch Widerruf der Verkündung oder durch eine neue Entsch. (vgl. Stein-Jonas § 318 II und III).

Eine Abänderung ergangener Urteile ist daher nur gemäß §§ 319 ff. ZPO., insbes. also durch Berichtigung möglich. Hierin geht übrigens die Rspr. vielfach, unter Hinweis auf den Fall des Rechnungsfehlers, der in § 319 Abs. 1 ZPO. ausdrücklich erwähnt wird, über die Berichtigung eigentlicher Ausführungsmängel hinaus, obwohl diese grundsätzlich von Willensmängeln zu unterscheiden sind (vgl. z. B. OLG. Jena: JW. 1923, 59; RG. 90, 232[1]), wonach eine „verläßliche Unterscheidung von rein mechanischen Versehen und materiellen Irrtümern sich nicht durchführen" lasse).

Dagegen gilt § 318 ZPO. nach allgemeiner Ansicht für Beschlüsse, mögen sie mit einfacher oder sofortiger Beschwerde anfechtbar oder selbst unanfechtbar sein, nicht. Für sie gilt an sich der Grundsatz der Abänderbarkeit (vgl. Stein-Jonas § 329 II). Parallel damit geht die Beschränkung der Beamtenhaftung für Urteile in § 839 Abs. 2 BGB. gegenüber der Haftung für andere Amtshandlungen, insbes. Beschlüsse. Der Grundsatz der Abänderbarkeit der Beschlüsse kommt insbes. in § 571 ZPO. zum Ausdruck, wonach das Gericht nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht hat, eine Entsch., gegen die die einfache Beschwerde gegeben und eingelegt ist, abzuändern, wenn die Beschwerde für begründet erachtet wird. Dem entspricht es, daß das Gesetz dort, wo es die Unabänderbarkeit von Beschlüssen will, diese besonders zum Ausdruck gebracht hat. Das ist im § 577 Abs. 3 ZPO. für den Fall geschehen, daß die fragliche Entsch. der sofortigen Beschwerde unterliegt. Diese Anordnung wird von manchen, so früher von Förster-Kann zu § 577 ZPO. Anm. 5 (anders aber jetzt im Nachtrag zu § 519 b Anm. 2 b), ausgedehnt auf die Fälle, wo eine Anfechtung durch die Partei mit sofortiger Beschwerde infolge Erschöpfung des Instanzenzuges nicht mehr möglich ist, sofern die Anfechtung, wenn das Hindernis nicht bestände, nur mittels der sofortigen Beschwerde möglich gewesen wäre. Diese Auslegung entspricht aber weder dem Wortlaut der Bestimmung noch ihrem Sinne. Denn die Vorschrift ist (vgl. OLG. Kassel: OLGRspr. 37, 154) zur Beschleunigung des Verfahrens getroffen worden. Sie soll verhindern, daß in diesen, meist besonderer Beschleunigung bedürftigen Fällen durch etwaige, vielleicht mehrfache Abänderungen der unteren Gerichte die endgültige Entsch. des letzten Rechtsmittelgerichts hinausgezögert wird. Dieser Gesichtspunkt kommt aber bei der letztinstanzlichen Entsch. des Verfahrens der sofortigen Beschwerde nicht in Frage.

Dahingestellt bleiben kann, ob die Abänderung im vorliegenden Falle auch durch — zwar nicht unmittelbare, aber entsprechende — Anwendung des § 319 ZPO. zu rechtfertigen wäre (vgl. Kann zu § 519 b Anm. 2 und KG. [19. ZivSen.]: JW. 1925, 14, 18). Die Möglichkeit einer derartigen ausdehnenden Anwendung des § 319 ZPO. könnte daraus entnommen werden, daß die ZPO. eine unmittelbare Anwendung des § 319 ZPO. auf das Beschlußverfahren nicht angeordnet hat, obwohl für dieses Verfahren ein Bedürfnis zur Richtigstellung offenbarer Unrichtigkeiten in erheblich größerem Umfange besteht, als für das Urteilsverfahren, für das der Grundsatz der mündlichen Verhandlung gilt.

Die Abänderung erscheint danach zulässig und geboten. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß es sich dabei um eine Ausnahmeregel handelt, da das Verfahren einmal ein Ende haben muß und die Parteien nicht schrankenlos der Gefahr nachträglicher Abänderung einer Entsch., die sie als endgültig getroffen ansehen, ausgesetzt werden dürfen. Im vorliegenden Falle, wo das Gericht irrtümlich von jeder sachlichen Nachprüfung abgesehen hat, erscheint die Abänderung aber jedenfalls zulässig und geboten. Es wäre für die getroffene Partei eine nicht erträgliche Härte, wenn ihr die Möglichkeit sachlicher Nachprüfung, die sie sich zu Recht eröffnet hatte, geraubt und sie auf den Regreßweg verwiesen würde. Demgemäß läßt auch die Rspr. für den vorliegenden Fall der irrigen Versagung jeder sachlichen Nachprüfung infolge Verneinung der Zulässigkeit des Rechtsmittels in den bisher veröffentlichten Entsch. die Abänderung überwiegend zu, insbes. im Falle des § 519 b ZPO. (vgl. die bei Kann, ZPO. § 519 b Anm. 2 b zit. Entsch. des OLG. Hamburg; ferner OLG. Stettin: OLGRspr. 33, 83; OLG. Kassel: OLGRspr. 37, 154; OLG. Celle: OLGRspr. 42, 15; KG. [19. ZivSen.]: JW. 1925, 1418; OLG. Naumburg: JW. 1926, 1609; OLG. Jena: JW. 1928, 1317; a. M. OLG. Breslau: OLGRspr. 42, 15 und OLG. Celle: SeuffArch. 82, 352). Im Schrifttum, das überwiegend die Abänderbarkeit verneint, wird sie, außer von Kann (siehe oben), bejaht von Baumbach, Anm. 3 zu § 577 und Anm. 4 zu § 519 b ZPO.

Die sachliche Prüfung ergibt folgendes.

Die in Rspr. und Schrifttum überwiegende Ansicht hält dafür, daß die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht bereits durch den Beginn der Zwangsvollstreckung gewahrt wird, sondern daß der Akt, durch den die Vollziehung bewirkt wird, fristgemäß zu erfolgen hat (Stein-Jonas § 929 II 2, insbes. RG. 75, 181 ff.[2])). Dort wird vom RG. darauf hingewiesen, daß Wortlaut und Zweck der Vorschrift dahin gehen, zu verhüten, daß die Arrestvollziehung noch nach langer Zeit, wenn die Voraussetzung für den Arrest infolge veränderter Verhältnisse vielleicht nicht mehr gegeben sind, erfolgen könnte. Das RG. weist weiter darauf hin, daß nach der Gegenmeinung, die schon den Beginn der Vollziehung genügen läßt, der Gläubiger es in der Hand hätte, die Beendigung der Vollziehung beliebig hinauszuziehen. Das unmöglich zu machen, ist der Zweck der Vorschrift.

In der Rspr. wird jedoch für die Vollstreckungsmaßnahme der Offenbarungseidabnahme aus praktischen Gründen für ausreichend gehalten, wenn vor Fristablauf der erste Eidestermin, die Zustellung der Ladung, die Terminanberaumung oder sogar bereits die Antragstellung stattgefunden hat. Auch wenn man die letztere zur Wahrung der Vollziehungsfrist für ausreichend hält, so ist jedenfalls zu fordern, daß der Antrag den gesetzlichen Vorschriften gemäß gestellt worden ist, d. h., daß ihm die Urkunden, die das Gesetz in § 900 Abs. 1 Satz 2 für die Ordnungsmäßigkeit des Antrages zwingend fordert, beigelegen haben. Nicht ausreichend ist es, daß sie erst nachträglich vorgelegt werden, ja sogar, daß die Akte, deren urkundlicher Nachweis gefordert wird, zum Teil erst nach der Antragstellung geschaffen werden. Das Verfahren, das die Gläubigerin hier eingeschlagen hat, würde bedeuten, daß sie es in der Hand hätte, die eigentliche Vollziehung des Arrestes unangemessen hinauszuziehen. Der Gesichtspunkt, der dazu geführt hat, bereits die Antragstellung zur Vollziehung i. S. des § 929 Abs. 2 ZPO. genügen zu lassen, — Verhinderung ihrer Verschleppung durch den Schuldner, würde dann dem Gläubiger die Verzögerung der Vollziehung ermöglichen. Dies zuzulassen, entspricht auch bei weitester Ausdehnung des Vollziehungsbegriffs in § 929 Abs. 2 ZPO. nicht dem Sinne dieser Vorschrift, sondern geht über ihn hinaus. Der Standpunkt der Gläubigerin hätte zur Folge, daß es genügen müßte, wenn sie etwa fehlende Urkunden in einem beliebigen späteren Zeitpunkt des Verfahrens bis zur Erschöpfung des Instanzenzuges, wenn sie dazu noch in der Lage ist, beibringen dürfte. Denn auch für die Entscheidung der Beschwerde und der weiteren Beschwerde ist der Zeitpunkt der Beschlußfassung über das Rechtsmittel maßgebend. Gewiß ist es richtig, daß Mängel eines Verfahrens, insbes. auch des Verfahrensbeginns, auch noch im späteren Verlauf des Verfahrens beseitigt, insbes., daß fehlende Voraussetzungen nachgebracht werden können. Darum handelt es sich hier aber nicht. Hier steht nur in Frage, ob die Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. zur Vollziehung des Arrestes gewahrt worden ist. Ein leerer Antrag allein, ohne Beifügung der gesetzlich geforderten urkundlichen Nachweise, vermag sie aber nicht zu wahren.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 30. Juni 1931, 8 W 5724/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Borgmann, Charlottenburg.

*

7. §§ 602, 605, 595, 420 ZPO. **Die Vertretungsmacht dessen, der als Vertreter des Beklagten die diesen verpflichtende Wechselerklärung abgegeben hat, ist eine klagebegründende Tatsache, die im Wechselprozeß des Urkundenbeweises bedarf. Der Richter kann aber, soweit er aus sachlichen Gründen von der Wahrheit klagebegründender Tatsachen auch ohne urkundlichen Nachweis überzeugt ist, von solchem Nachweis absehen. Im Urkundenprozeß sind im Versäumnisverfahren die Beweisurkunden vorzulegen.** †)

Die Kl. ist Inhaberin zweier Wechsel, die von dem Bekl. J. H. auf die bekl. GmbH. zur Zahlung an eigene Order gezogen sind, die Akzepte der bekl. GmbH. mit der Unterschrift des J. H. tragen,

[1]) JW. 1917, 765.

[2]) JW. 1911, 364.

Zu 7. Das Versäumnisverfahren im Urkunden- und Wechselprozeß ist nicht dem Versäumnisverfahren im gewöhnlichen Prozeß gleich gestaltet. Dem Gericht liegt es ob, die Zulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses von Amts wegen zu

von J. H. durch Blankoindossament an die Kl. begeben und mangels Zahlung protestiert sind. LG. hat Versäumnisurteil gegen J. H. erlassen, dagegen die Klage gegen die gleichfalls nicht erschienene GmbH. als im Wechselprozeß unstatthaft abgewiesen, weil die Kl. eine die Befugnis des J. H. zur Vertretung der bekl. GmbH. beweisende Urkunde der Klage auch in Abschrift nicht beigefügt, übrigens eine solche Urkunde auch im Termin nicht vorgelegt hat. Auf die Berufung der Kl. hat KG. Versäumnisurteil auch gegen die bekl. GmbH. erlassen.

Für den Wechselprozeß gilt die Regel, daß das Verfahren nur zugelassen werden darf, wenn der Kl. in der Lage ist, alle zur Begründung des Klageanspruchs erforderlichen Behauptungen durch Urkunden zu beweisen und diesen Beweis durch Vorlegung der Urkunden (§ 420 ZPO.) anzutreten (§ 595 Abs. 3 ZPO.). Fehlt es daran, so ist die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen, selbst wenn der Bekl. im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Dies folgt für den Fall der Säumnis des Bekl. aus der Fassung des § 597 Abs. 2 ZPO., die eindeutig ist und, wie die Materialien zeigen, auch in ihrem Wortsinn gewollt ist (Begr. zu Entw. III S. 349 und 353; vgl. dazu Bernstein: JW. 1929, 826). Insoweit findet also die Fiktion des § 331 Abs. 1 ZPO., nach der das tatsächliche mündliche Vorbringen im Versäumnisverfahren als zugestanden gilt, im Urkundenprozeß keine Anwendung, vielmehr muß sich die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs aus der vorzulegenden Urkunde ergeben. Deshalb vermag der Senat in seiner gegenwärtigen Besetzung an der JW. 1929, 120 veröffentlichten Entsch., nach welcher im Wechselversäumnisverfahren gegen den ausgebliebenen Bekl. von der Vorlegung des Wechsels abgesehen werden kann, nicht festzuhalten. Diese neue Stellungnahme des Senats entspricht insofern einem praktischen Bedürfnis, als nach den Erfahrungen des Senats in nicht seltenen Fällen die Prüfung geboten ist, ob die mitgeteilte Abschrift des Wechsels seinen Inhalt richtig wiedergibt oder ob sich der Wechsel zur Zeit der Erwirkung des Versäumnisurteils noch im Besitz des Kl. befindet.

Wenn hiernach davon auszugehen ist, daß auch im Urkundenversäumnisverfahren durch Urkunden alle Tatsachen zu belegen sind, die zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs erforderlich sind, so ist dieser Satz doch nach ständiger Rspr. dahin einzuschränken, daß die unstreitigen, offenkundigen und vom Richter als bewiesen angesehenen Tatsachen keiner Belegung durch Urkunden bedürfen. Dabei darf der Richter nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung den Inhalt der Urkunden auslegen und hierdurch zur Ergänzung eines etwa nicht vollständig geführten Urkundenbeweises gelangen. Er darf auch das Verhalten der Parteien im Rechtsstreit berücksichtigen und es zur Bildung seiner richterlichen Überzeugung verwenden (RG. 113, 17 [1])). Diese in gleicher Weise für das streitige wie für das Versäumnisverfahren geltenden Sätze dürfen zwar nicht dahin führen, das Wesen des Urkundsprozesses, der seine Eigenart in der Klagebegründung durch den Urkundeninhalt hat, umzugestalten. Wohl aber wird der Richter, soweit er aus sachlichen Gründen von der Wahrheit klagebegründender Tatsachen auch ohne Einsicht von Urkunden überzeugt ist, von deren Vorlegung absehen können. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es sich hierbei vorzugsweise um eine Ergänzung bestehender Lücken des Urkundenbeweises hinsichtlich solcher Fragen handelt, die für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits mindere Bedeutung haben. Es steht nichts dagegen und wird durch § 597 Abs. 2 ZPO. nicht ausgeschlossen, daß im Versäumnisverfahren gegen den Bekl. der Richter bei Bildung seiner Überzeugung auch den Umstand mitberücksichtigt, daß der geladene Bekl. es nicht für nötig befunden hat, dem Klageanspruch, sei es auch nur schriftlich, zu widersprechen oder im Termin zu erscheinen, obwohl er hierzu ohne Schwierigkeit in der Lage ist.

Im vorliegenden Falle vermißt das LG. den urkundlichen Nachweis, daß die als Akzeptantin der vorgelegten Klagewechsel verklagte GmbH. durch den mitverklagten J. H., den Aussteller der Wechsel, bei deren Annahme rechtsgültig vertreten wurde. Richtig ist, daß es sich insoweit um eine an sich des Urkundenbeweises bedürftige klagebegründende Behauptung handelt, während es sich bei der Frage, ob J. H. die GmbH. im Prozeß vertreten kann, um eine nicht durch Urkunden nachzuweisende Prozeßvoraussetzung handelt. Aber auch für die erstere Behauptung, die Legitimation des J. H. zur Annahme der Wechsel für die GmbH., wird nach Lage der Umstände von der Beibringung eines Registerauszuges abgesehen werden können. Bis zu einem gewissen Grade wird insoweit der Urkundenbeweis schon durch die Vorlegung der Wechsel erbracht, denn nach den Erfahrungen des Lebens spricht eine gewisse Vermutung dafür, daß derjenige, der als Vertreter eines anderen eine Urkunde zeichnet, die Legitimation hierzu besitzt, zumal wenn er anderenfalls, wie dies Art. 95 WO. für die Wechselzeichnung ausdrücklich bestimmt, persönlich haftet. Es kommt aber hinzu, daß die Legitimation des J. H., für die verklagte GmbH. zu handeln, von keiner Partei in Zweifel gezogen ist. Dies ist um so bedeutsamer, als auch die Kl. und derzeitige Wechselnehmerin eine GmbH. ist, der naturgemäß die rechtlichen Vorschriften über die Vertretung der GmbH. bekannt gewesen sind; es spricht ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie die Legitimation des J. H. zur Zeichnung des Wechselakzepts geprüft haben wird. Schließlich ist in Betracht gezogen, daß die verklagte GmbH. es nicht für nötig befunden hat, sich im Prozeß gegen den Anspruch zu wehren, obwohl ihr dies ohne Schwierigkeit möglich gewesen wäre.

Da danach gegen die Befugnis des J. H., die GmbH. bei der

---

prüfen (§§ 592, 595 Abs. 3), und demgemäß ist die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen, wenn die Voraussetzungen des Urkundenprozesses mangeln, insbes. ein dem Kl. obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln angetreten ist, auch wenn in dem Termin zur mündlichen Verhandlung der Bekl. nicht erschienen ist. Diese, aus dem Wesen des Urkundenprozesses sich ergebende Folgerung ist noch besonders im § 597 Abs. 2 ZPO. zum Ausdruck gebracht. Demgemäß hatte sich auch der Gerichtsbrauch dahin ausgebildet, daß selbst beim Ausbleiben des Bekl. im Wechselprozeß das Gericht die Vorlage des Wechsels, zutreffendenfalls auch des Protestes, fordert und diese vorgelegten Urkunden daraufhin prüft, ob sie den Klageanspruch begründen. Von dieser Praxis war der 13. ZivSen. des KG. in seinem Beschl. v. 5. Nov. 1928, 13 W 9877/28 abgegangen, „weil das Vorbringen des Kl. über die Beschaffenheit des Klagewechsels als zugestanden zu gelten habe". Diesem Beschluß war ich in JW. 1929, 826 f. mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 597 Abs. 2 ZPO. und dessen Entstehungsgeschichte entgegengetreten. Hierbei hatte ich besonders die Begr. zum Entw. III S. 349 angeführt: „Einer besonderen Erwähnung bedarf der Fall der Versäumung. Der Kl., welcher den Urkundenprozeß gewählt hat oder bei demselben verharrt, kann die Vorteile desselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen urkundlichen Beweis antritt bzw. erbringt. Die Annahme, daß der ungehorsame Bekl. die zur Begründung der Klage angeführten Tatsachen zugesteht, wie sie im ordentlichen Prozeß Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf seiten des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht."

Nunmehr hat auch der 13. ZivSen. seine abweichende Auffassung wieder aufgegeben.

a) Die urkundliche Verpflichtung einer juristischen Persönlichkeit erwächst nur, wenn sie von deren gesetzlichen Vertretern oder Bevollmächtigten übernommen ist. Es gehört daher der Nachweis dieses Vertretungsrechts zu den klagebegründenden Tatsachen, für welche als Beweismittel grundsätzlich nur Urkunden zugelassen sind (§ 592 ZPO.). Allerdings ist als Beweismittel für die Echtheit einer Urkunde Eideszuschiebung zugelassen (§ 595 ZPO.). Nach ständiger, aus dringendem Bedürfnis hervorgegangener Rspr. wird gegebenenfalls auch eine Eideszuschiebung darüber als angängig behandelt, daß der Dritte, der den Namen des Bekl. auf die Urkunde gesetzt hat, hierzu ermächtigt war. Indes erscheint schon diese Ermächtigung, theoretisch genommen, über den Rahmen der Urkundsechtheit hinauszugehen, und die Ermächtigung sich als eine anspruchsbegründende Tatsache darzustellen (vgl. Kann, ZPO. § 592 Anm. 3 a aa β). In Ausgestaltung des prozessualen Gewohnheitsrechts könnte der Versuch auftauchen, auch über die gesetzliche Vertreterschaft als ein Merkmal der Urkundsechtheit die Eideszuschiebung zuzulassen und demgemäß auch hier von der Notwendigkeit der Vorlage von Urkunden — etwa eines Handelsregisterauszuges — abzusehen.

b) Indes kann eine weitere Erörterung dieser Frage hier unterbleiben. Denn die Voraussetzungen der Urkundsklage können als erfüllt gelten, wenn die verpflichtende Urkunde beigebracht ist, und deren Verpflichtungskraft in Ansehung der Urkundszeichner nach der aus der Sachlage geschöpften Überzeugung des Gerichts zu unterstellen ist. Es ist dem KG. durchaus beizupflichten, daß auch im Urkunden- und Wechselprozeß aus dem dem Gericht vorliegenden Tatbestande, ohne daß es eines weiteren Beweisantritts noch bedürfte, Schlüsse auf das Gläubigerrecht oder die Schuldnerpflicht gezogen werden können. Ein breites Feld hierfür ist beispielshalber die Deutung der Subjektsbezeichnung im Wechsel. Hier haben ständig die Gerichte die aus dem Wechselumlauf sich ergebenden Tatbestände für die Bildung der bez. richterlichen Überzeugung herangezogen. Kommt doch dieshinsichtlich der Wechselwille rechtsgeschäftlich nicht lediglich in der Wechselschrift, sondern in Verbindung hiermit in dem der Wechselurkunde gegebenen Umlauf zur Erscheinung (Bernstein, WO. S. 52; RG.: JW. 1914, 935 [21]). So kann die ungenaue oder mehrdeutige Namensbezeichnung des Remittenten durch die Person des Wechselbesitzers ihre Deutung finden, die ungenaue oder mehrdeutige Bezeichnung des Bezogenen durch die Person des Akzeptanten. Es konnte also mit dem KG. aus dem ganz tatenlosen Verhalten der Bekl. gegenüber dem Klageanspruch sehr wohl der Schluß gezogen werden, daß sie gegen die Vertreterschaft bei Eingehung der Wechselverpflichtung Einwände nicht zu erheben hat. Alsdann oblag dem Kl. dieshinsichtlich keine weitere Beweislast und entfiel die Notwendigkeit eines Beweisantritts und damit die Vorlage entsprechender Urkunden überhaupt.

JR. Dr. Wilhelm Bernstein, Berlin.

---

[1]) JW. 1926, 1568.

Annahme des Wechsels zu vertreten, Bedenken nicht bestehen, so bedurfte es der Beibringung eines Handelsregisterauszuges nicht.

(KG., Urt. v. 18. Mai 1931, 13 U 2789/31.)

Mitgeteilt von LGR. Rahn, Berlin.

*

Dresden.

8. § 945 ZPO. Die Aufhebung des Arrests durch richterliche Entscheidung ist nicht eine Voraussetzung für einen von den Antragsgegnern nach § 945 ZPO. zu erhebenden Schadensersatzanspruch.

Die Antragstellerin hat nach Urteilsverkündung den Antragsgegnern eine Urkunde zugestellt, worin sie bekennt, von ihnen wegen der Arrestforderung samt Zinsen befriedigt zu sein und auch Zahlungen auf die Kosten des Arrests und anschließendem ZwangsvollstrVerf. erhalten zu haben, und worin sie erklärt, insoweit auf alle Ansprüche aus dem Arresturteil zu verzichten und eine endgültige Abrechnung wegen der Kosten folgen zu lassen. Wenn ein Schuldner vor rechtskräftigem Abschluß des Arrestverf. die Arrestforderung befriedigt, ist der im vorl. Falle von der Antragstellerin beschrittene der einzig ihr offenstehende Weg, dem Schuldner gegenüber die erwirkte und nach der Befriedigung nicht mehr berechtigte Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung aufzugeben; denn das Ges. gibt dem Gläubiger nicht die Möglichkeit, die Aufhebung des Arrestes von sich aus zu beantragen. Die Zustellung einer solchen Erklärung genügt aber auch vollkommen, um den Schuldner vor einem Mißbrauch des Arrestbefehls zu schützen. Der Arrestbefehl ist durch die Erklärung der Gläubigerin gegenstandslos geworden, und deshalb sind die Schuldner durch ihn auch materiell nicht mehr beschwert und haben keinen Grund durch Einlegung der Ber. das Verfahren, nachdem es sich durch Befriedigung ihrer Gläubigerin und deren Verzichtserklärung erledigt hat, fortzusetzen. Nur durch die Kostenentsch. sind die Schuldner materiell noch beschwert, aber wegen der Kosten allein ist das Rechtsmittel der Ber. nicht gegeben.

Die Schuldner erstreben die Aufhebung des Arrestes offenbar, weil sie diese Aufhebung für eine künftige Klage aus § 945 ZPO. für notwendig halten.

Kann führt zu § 945 ZPO. unter 2b cc aus: „Ist in der BerInst. oder im Widerspruchsverf. der Arrest bestätigt, so ist, soweit das bestätigende Urt. den Arrestgrund bejaht, für eine Nachprüfung im Schadensersatzanspruchsprozeß nach ständiger Praxis kein Raum. Hier muß die summarische Prüfung durch das Arrestgericht genügen."

Hierbei stützt sich Kann auf RG. v. 31. Jan. 1908 (RG. 67, 365[1])) und v. 6. Juli 1911: JW. 1911, 819[36]. In letzterer wird nur gesagt: „Wird im Widerspruchsverf. der Arrest bestätigt, so bindet diese Entsch. den Schadensersatzrichter insoweit, als das Vorhandensein des Arrestgrundes nicht hinterher wieder in Zweifel gezogen werden darf (Fall des RG. 67, 365[2]))." Zur Begr. seiner Ansicht führt also das RG. in seiner Entsch. vom 6. Juli 1911, soweit sie abgedruckt ist, überhaupt nichts an, sondern beruft sich wegen ihr lediglich auf die Entsch. v. 31. Jan. 1908. Im Falle, den diese Entsch. behandelt, ist aber gar kein den Arrest in der BerInst. oder im Widerspruchsverf. bestätigendes Urt. vorhanden, vielmehr hat in diesem Falle der Gläubiger im Wege des Vergleichs auf die erwirkten Arrestbefehle verzichtet. Im Urt. v. 31. Jan. 1908 arbeitet das RG. lediglich den Gedanken heraus, daß der im Schadensersatzprozeß vom Schuldner geführte Nachweis, daß objektiv keine Gefährdung des durch Arrest gesicherten Anspruchs vorgelegen hat, nicht ohne weiteres den Schadensersatzanspruch bei Vorliegen seiner sonstigen Voraussetzungen rechtfertigt, daß vielmehr selbst bei Führung dieses Nachweises der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn bei Erlaß des Arrestes Tatsachen vorgelegen haben, die einen besonnen denkenden Gläubiger und einen die Lebensvorgänge richtig bewertenden Richter das Bestehen der Anspruchsgefährdung als gewiß erscheinen lassen mußten.

Das BG. kann danach die Ansicht des oben angezogenen Komm. nicht teilen. Der Schadensersatzrichter ist vielmehr nur an eine in der BerInst. oder im Widerspruchsverf. den Arrest aufhebende Entsch. gebunden, und zwar wenn die EntschGründe ergeben, daß der Arrest als von Anfang an unbegründet erachtet worden ist. Im übrigen ist die Frage der anfänglichen Rechtmäßigkeit des Arrestes vom Schadensersatzrichter grundsätzlich frei zu prüfen. Seine freie Würdigung ist nach keiner Richtung hin beschränkt. Nur an eine Entsch. in der Hauptsache über den Anspruch ist der Schadensersatzrichter sonst noch gebunden; das kommt aber hier nicht in Frage.

Aber selbst wenn der Sen. den Standpunkt von Kann teilen wollte, so würde er bei dem obigen Ergebnis bleiben müssen, weil im vorl. Fall ja gar kein endgültiges, d. h. rechtskräftiges Urt. im Widerspruchsverf. vorliegt, sondern das Urt. vor seiner Rechtskraft durch Verzicht der Gläubigerin auf ihre Rechte heraus aus der Welt geschafft worden ist, also als zwischen den Parteien gar nicht mehr vorliegend zu betrachten ist. Das Widerspruchsverf. ist nicht zum Abschluß gekommen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 21. Sept. 1931, 10 O 203/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gottfried Riedel, Dresden.

[1]) JW. 1908, 205. [2]) JW. 1908, 205.

*

Karlsruhe.

9. EntlG. v. 11. März 1921 (RGBl. 229). Die Übertragung von Rechtsgeschäften, hier nach § 926 Abs. 1 ZPO., an den Rechtspfleger zur selbständigen Erledigung bewirkt, daß für vom Rechtspfleger zu erledigende Anträge der Anwaltszwang entfällt. †)

Der BeschwF. beantragt das Armenrecht und die Beiordnung eines RA. nur noch zu dem Zwecke, einen Antrag gem. §§ 926, 936 ZPO. zu stellen. An sich unterliegt auch der Antrag nach § 926 ZPO., wenn er bei einem Kollegialgericht gestellt wird, wie hier, dem Anwaltszwang (vgl. z. B. Stein-Jonas, 14. Aufl., § 926 III; Sydow-Busch-Kranz, 20. Aufl., § 926 Anm. 1a u. a. m.). Da aber nach Art. VI § 1 II 5 EntlG. vom 11. März 1921, der in Baden in Kraft gesetzt ist (BadEntlVorschr. v. 10. Aug. 1926: JMBl. 137), die Geschäftsstelle zur selbständigen Erledigung bez. der Anordnung auf Klagerhebung nach § 926 ZPO. zuständig ist, ist dieser Antrag dem Anwaltszwang nicht unterworfen, und der BeschwF. bedarf daher hierfür des Armenrechts nicht. Zwar enthält das EntlG. selbst keine Best. in der Richtung, daß für die unter seinen Bereich fallenden Entsch. durch die Geschäftsstelle kein Anwaltszwang besteht. Diese Folgerung ergibt sich aber denknotwendig daraus, daß für alle Gesuche, die an den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gerichtet sind, kein Anwaltszwang in Frage kommt (Stein-Jonas a. a. O. § 78 ZPO. IV, 1).

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 25. Aug. 1931, 2 ZBS 213/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Hottinger, Karlsruhe.

*

Kiel.

10. Seit Teil 6 § 15 der NotVO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537) in Kraft getreten ist, kann § 4 ZeugGebO. bis auf weiteres nicht mehr angewendet werden, obwohl die Tätigkeit des Sachverständigen vor dem Inkrafttreten der NotVO. entwickelt worden ist.

Es würde dem Sinn und Zweck der auf sofortige Ausgabensenkung abzielenden NotVO. (vgl. hierzu Volkmar: JW. 1931, 2891 unter 4d) widersprechen, wenn der bislang vom LG. auf den Fall nicht angewendete § 4 nunmehr angewendet werden würde. Das BeschwG. hat deshalb bei seiner Entsch. den § 3 ZeugGebO. anzuwenden. Danach ist aber keine Erhöhung der Vergütung geboten.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 17. Okt. 1931, 2a W 240/31.)

Mitgeteilt von OLGR. R. Lehmann, Kiel.

*

11. Zur Bedeutung des Widerrufsrechts, das die Prozeßbevollmächtigten sich bei einer Vergleichsprotokollierung vorbehalten, wenn sich die Parteien vorher außergerichtlich verglichen haben. Durch den Widerruf wird der vorher außergerichtlich geschlossene Vergleich nicht ohne weiteres hinfällig.

Der Anspruch der Kl. ist aus einem zwischen den Parteien geschlossenen außergerichtlicher Vergleich rechtlich und tatsächlich begründet. Es erhellt nicht, daß die Parteien, als sie diesen außergerichtlichen Vergleich schlossen, von vornherein eine gerichtliche Beurkundung des Vergleichs vorgesehen hätten. Aber auch wenn eine Protokollierung des Vergleichs von den Parteien von vornherein vereinbart wäre, so

Zu 9. Es liegt in der Tendenz der Gesetzgebung der letzten Jahre, das dem Anwalt vorbehaltene Tätigkeitsgebiet in den verschiedensten Richtungen einzuschränken. Auch das EntlG. vom 11. März 1921 in Art. VI § 1 Ziff. II Nr. 5 ist eine weitere solche Einschränkung. Der Fall des § 926 ZPO. unterliegt nach dem System der ZPO. dem Anwaltszwang, wenn der Arrest vom LG. erlassen ist. Durch die Tatsache jedoch, daß die sachl. Erledigung eines solchen Antrages nach dem EntlG. auf besondere Anordnung der Landesjustizverwaltungen hin den Gerichtsschreibern (Urkundsbeamten der Geschäftsstellen) übertragen werden kann, wird der Anwaltszwang aufgehoben. Die Ausführungen, welche die obige Entsch. macht, sind vom rechtl. Standpunkt aus durchaus zutreffend. Es ist anerkannten Rechts, daß diejenigen Prozeßhandlungen, die den Gerichtsschreibern gegenüber vorzunehmen sind, vom Anwaltszwang befreit sind. Auf diesem Standpunkt steht außer Stein-Jonas auch Kann, Anm. 3b zu § 78. Der Würde des Anwaltstandes würde es nicht entsprechen, wenn die Prozeßhandlungen, welche nicht von den Prozeßgerichten selbst, sondern von einem untergeordneten Beamten des Gerichts erledigt werden, dem Anwaltszwang unterworfen wären.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

zeigt doch das — näher dargelegte — Verhalten der Parteien deutlich, daß diese den Vergleich auch schon vor der Protokollierung als festgeschlossen ansahen.

Es fragt sich nun, ob der außergerichtliche Vergleich dadurch, daß er unter Vorbehalt des Widerrufs protokolliert und daß der Widerruf ausgeübt wurde, seine Wirksamkeit verloren hat. Grundsätzlich stellt der gerichtlich beurkundete Vergleich das Rechtsgeschäft dar, wie es endgültig und maßgeblich unter den Parteien vereinbart ist. Weicht der gerichtlich beurkundete Vergleich von dem vorher außergerichtlich geschlossenen inhaltlich ab, so ist regelmäßig der beurkundete Vertragsinhalt maßgebend, da es eben der Zweck der Beurkundung ist, das Rechtsgeschäft so festzulegen, wie es endgültig vereinbart sein soll. Daraus würde an sich folgen, daß, wenn die Parteien sich schließlich auf die Beurkundung eines Vergleichs unter Widerruf einigen, mit der Ausübung des Widerrufs die ganze Vergleichsvereinbarung, auch die früher außergerichtliche, hinfällig würde. Indes kommt es darauf an, in welchem Sinne der Widerruf vorbehalten ist. Es kann die Meinung der Parteien gewesen sein, daß der Widerruf *nur den protokollierten* Vergleich hinfällig machen solle, daß aber im übrigen die Rechtslage unter den Parteien unberührt bleiben solle, wie sie vor der Protokollierung des Vergleichs bestand, also auch insoweit, als sie auf dem vorher bereits bindend abgeschlossenen außergerichtlichen Vergleich der Parteien beruhte. Diesen Sinn hatte der Vergleichsvorbehalt hier. Denn er beruhte darauf, daß die Prozeßbevollmächtigten der Parteien, für die der Widerruf vorbehalten wurde, ohne nähere Instruktion waren. Wenn der Bekl. ausführt, bei der Beurkundung des Vergleichs habe sich der Anwalt den Widerruf mit dem Bemerken vorbehalten, daß er nicht wisse, ob Bekl. noch vergleichsbereit sei, so konnte auch dies nur den Sinn haben, daß der Anwalt sich vorbehielt, eine durch die Vergleichsbeurkundung eintretende neue Bindung seiner Partei wieder aufzuheben. Nicht aber sollte der Widerruf die Bedeutung haben, daß nun die Rechtslage, wie sie vor dieser Protokollierung bestand, zugunsten des Bekl. geändert werden sollte. Wäre dies der Sinn des Vorbehalts gewesen, so hätte sich der Anwalt der Kl., die an dem außergerichtlichen Vergleich festhalten wollte, auf den Vorbehalt des Widerrufs gar nicht einlassen können, und dies mußte auch dem Anwalt des Bekl. erkennbar sein.

Der Vorbehalt des Widerrufs hatte daher hier nach dem Willen der Vertragschließenden nur die Bedeutung, daß mit der Abgabe der Widerrufserklärung lediglich die prozeßrechtlichen Wirkungen des gerichtlichen Vergleichs vernichtet wurden, ohne den früher geschlossenen außergerichtlichen Vergleich aufzuheben.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Urt. v. 24. April 1931, 2 U 510/30.)

Mitgeteilt von Vizepräs. Dr. *Matthiessen*, Kiel.

*

Köln.

12. § 890 ZPO. *Die Zuwiderhandlungsstrafe des § 890 ZPO. kann noch festgesetzt werden, nachdem das dem Unterlassungsurteil zugrunde liegende Rechtsverhältnis beendet ist.* †)

Der Ansicht des KG.: OLGRspr. 20, 370; 33, 127 und von *Stein-Jonas* § 890 II 3, daß die Tatsache, daß die Strafe aus § 890 ZPO. im Dienste der Zwangsvollstreckung stehe, folge, daß sie nur zulässig sei, wenn die Vollstreckbarkeit des Urt. noch bestehe, ist entgegenzuhalten, daß im Gegensatz zu der Strafe aus § 888, durch die der Schuldner zu einer Handlung angehalten werden soll, die Strafe des § 890 als solche nicht Mittel der Zwangsvollstreckung ist. Durch ihre Festsetzung kann die Zuwiderhandlung nicht beseitigt werden. Es ist auch mit dem KG. nicht anzunehmen, die Strafe habe nur den Zweck, weitere Verstöße gegen das Urt. zu verhüten; denn sie wird wegen der begangenen, nicht wegen zukünftiger Zuwiderhandlungen festgesetzt. Mag sie auch die Nebenwirkung haben, daß der Schuldner fernere Verstöße unterlassen wird, so ist dies doch nicht ihre Bestimmung. Vor weiteren Zuwiderhandlungen wird der Gläubiger dadurch geschützt, daß der Schuldner für jede neue Übertretung erneute Bestrafung zu gewärtigen hat. Das Ziel der Vollstreckung, die Durchführung des Urt., kann im Falle des § 890 nicht mehr durch die Strafe selbst, die erst nach dem Verstoß gegen das Urt. verhängt wird, erreicht werden, sondern nur durch den psychischen Zwang der Strafandrohung. Dieser Zwang kann nur wirksam sein, wenn einer Zuwiderhandlung tatsächlich die Strafe folgt. Nur insoweit kann angenommen werden, daß auch die Strafe selbst im Dienste der Zwangsvollstreckung steht.

Ist aber die Strafe nicht selbst Mittel der Zwangsvollstreckung, sondern nur notwendige Konsequenz der Strafandrohung, des eigentlichen Vollstreckungsmittels, so kann sie noch festgesetzt werden, nachdem die im Unterlassungsurt. gesetzte Frist abgelaufen und die Strafandrohung fortgefallen ist; die Grundlage der Straffestsetzung ist nicht in der gegenwärtigen Strafandrohung, sondern darin zu finden, daß die Strafandrohung zur Zeit der Zuwiderhandlung bestanden hat und nicht rückwirkend aufgehoben ist.

Diese Ansicht, die von den meisten OLG. (OLGRspr. 16, 316; 23, 224; 27, 129; 29, 256) und von *Sydow-Busch* (§ 890 Anm. 2) vertreten wird, verdient den Vorzug auch um ihrer brauchbareren Ergebnisse willen. Nach der Ansicht des KG. kommt dem Gläubiger der Schutz des § 890 nicht zustatten, wenn nach dem Inhalt des Verbots nur eine einzige Zuwiderhandlung denkbar ist. Darüber hinaus würde die Wirksamkeit der Strafandrohung erheblich abgeschwächt, wo das Verbot befristet ist. Denn da die Strafe nach § 890 häufig nach Beweiserhebungen erst festgesetzt werden kann, könnte der Schuldner damit

---

Zu 12. Die Entsch. legt bei der Auslegung des § 890 das entscheidende Gewicht auf die Straffestsetzung statt auf die Strafandrohung und kommt so zu einer unterschiedl. Behandlung der §§ 890 und 888. Beide stehen im 3. Abschn. des 8. Buches der ZPO., der die Überschrift trägt: Zwangsvollstreckung ... zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen; sie bezwecken gleichmäßig die Durchsetzung von Anspr., für deren Erfüllung der direkte Zwang versagt, d. h. die nur dadurch erzwingbar sind, daß ein Druck auf den Willen des Schuldners ausgeübt wird: Es wird dem Schuldner für den Fall, daß er den im Titel festgestellten Anspr. nicht erfüllt, ein Übel angedroht, das er für so empfindlich erachten soll, daß er zu seiner Vermeidung die Erfüllung des Anspr. vorzieht. Der gesetzgeberische Grundgedanke der §§ 890 und 888 ist somit der gleiche; es ist daher willkürlich, sie hinsichtlich der in ihnen vorgesehenen Strafen unterschiedlich zu behandeln, indem man mit dem ob. Beschl. und den darin angeführten Entsch. die Strafe des § 888 als Zwangsmittel auffaßt, durch das der Schuldner zu einer Handlung angehalten werden soll, der Strafe des § 890 aber die Eigenschaft als Mittel der Zwangsvollstreckung abspricht. Auch in sich ist die in der obigen Entsch. vorgenommene Differenzierung nicht schlüssig. Denn nimmt man mit ihr (was richtig ist) an, daß der Schuldner durch die Strafe des § 888 zu einer Handlung, zu deren Vornahme er verurteilt ist, angehalten werden soll, so kann man mit gleicher Berechtigung sagen, daß durch die Strafe des § 890 der Schuldner von der Zuwiderhandlung abgehalten werden soll. Und umgekehrt: Steht man mit dem OLG. Köln auf dem Standpunkt, die Strafe des § 890 werde wegen der begangenen, nicht wegen künftiger Zuwiderhandlungen festgesetzt, so kann man auch sagen, daß die Strafe des § 888 wegen der *erfolgten* Unterlassung der Vornahme der fraglichen Handlung festgesetzt wird und nicht, damit die Fortsetzung dieses Unterlassens aufgegeben, d. h. die Handlung alsbald vorgenommen wird. Die fragliche Differenzierung ist somit inkonsequent. In beiden Fällen ist nicht nur der Charakter der Strafandrohung als Zwangsmittel, sondern auch der angedrohte Nachteil der gleiche, nämlich Strafe wegen Nichterfüllung des in der zu vollstreckenden Entsch. dem Gläub. zuerkannten Anspr. durch den Schuldner. Nur insofern besteht zwischen den beiden GesBest. ein äußerer, rein formaler Unterschied, als im § 888 die strafandrohende Entsch. selbst die Grundlage der späteren Vollstreckung der verwirkten Strafe ist, während im § 890 auf die Entsch., die die Strafandrohung enthält, noch eine zweite Entsch. folgen muß, die erst die Strafvollstreckung ermöglicht (*Rich. Schmidt*, Lehrb. d. dt. Zivilprozeßrechts S. 925 Anm. 2). Geht man hiervon aus, so ist dem Beschl. nicht darin zu folgen, daß zwar die Strafe des § 890 die *Nebenwirkung* haben möge, daß der Schuldner fortan Verstöße gegen das Verbot unterlassen werde, daß dies aber nicht ihre Bestimmung sei. Vielmehr ist auch im § 890 ebenso wie im § 888 die Straffestsetzung Zwangsmittel zur Durchsetzung der festgestellten Verpfl., hier der Unterlassung der Zuwiderhandlung, dort der Vornahme der Handlung. So hat auch das RG. betont, daß „die Verurteilung zur Strafe wegen einer Zuwiderhandlung Zwangsmittel zur Verhütung fernerer Zuwiderhandlungen" ist (RG. 38, 424 unter Hinweis auf die Begr. des Entw. der ZPO. S. 444), „ein zur Erzwingung der richterl. Anordnung dienender Akt" (RG. 43, 398), daß sie „nicht die Aufrechterhaltung des von einem Untergebenen dem Oberen geschuldeten Gehorsams, sondern die Förderung des materiellen Rechts bezweckt" (RG. 43, 398). Der Beschl. erkennt dies ja auch selbst an, wenn er erklärt, im Falle des § 890 könne die Durchführung des Urt. nur durch den psychischen Zwang der Strafandrohung erreicht werden, und dieser Zwang könne nur wirksam sein, wenn einer Zuwiderhandlung auch tatsächlich die Strafe folge, insoweit stehe somit diese selbst im Dienste der Zwangsvollstreckung. Denn hieraus ergibt sich zwingend, daß die Straffestsetzung dann eben auch Zwangsmittel sein muß. Es ist danach inkonsequent, wenn der Beschl. unmittelbar darauf die Straffestsetzung nur als notwendige Konsequenz der Strafandrohung auffaßt und ihren Charakter als Mittel der Zwangsvollstreckung verneint. Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch die Ablehnung der Ansicht, eine Straffestsetzung sei auch dann noch zulässig, wenn die im Unterlassungsurt. gesetzte Frist abgelaufen und die Strafandrohung fortgefallen ist, da es genüge, wenn die Strafandrohung zur Zeit der Zuwiderhandlung bestanden habe und nicht rückwirkend wieder aufgehoben sei. Denn wenn die Straffestsetzung Zwangsmittel zur Durchsetzung des Unterlassungsanspr. ist, dann muß sie unzulässig sein, sobald sie nicht mehr als solches wirken kann. Das kann sie aber dann nicht mehr, wenn entweder der Titel, zu dessen Durchsetzung sie dienen soll, aufgehoben oder seine Vollstreckbarkeit weggefallen ist, mag auch die mit Strafe bedrohte Zuwiderhandlung schon vorher erfolgt sein, vgl. *Falkmann-Mugdan*, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., S. 955, wo betont wird, daß dies selbst für den Fall gelte, daß der Titel nicht endgültig auf-

rechnen, daß bei Zuwiderhandlungen, die er bereits geraume Zeit vor Ablauf der Frist begangen hat, eine Bestrafung nicht mehr möglich ist. Das Mittel der Zwangsvollstreckung, die Strafandrohung, würde hier ihren Zweck, den Gläubiger zu schützen, verfehlen.

Selbstverständlich kommt eine Straffestsetzung nicht mehr in Betracht, wenn sie von dem Gläubiger nur beantragt wird, um den Schuldner zu schikanieren.

(OLG. Köln 5. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1931, 5 W 206/31.)

*

Königsberg.

13. § 319 ZPO. Auch die durch unrichtige Parteiangaben veranlaßten Unrichtigkeiten in gerichtlichen Entscheidungen können Gegenstand einer „Berichtigung" i. S. § 319 ZPO. werden.

Kl. hatte ein Versäumnisurteil erwirkt, durch welches Bekl. zur Zahlung einer Geldsumme bei Vermeidung der Zwangsversteigerung in das Grundstück A. Bl. 18 mit dem Range der Hypothek Nr. 23 verurteilt wurde. Das Versäumnisurteil ist später durch streitiges Urteil aufrechterhalten. Die richtige Grundbuchbezeichnung des Bekl. gehörigen Grundstücks ist A. Bl. 118, nicht Bl. 18, wie im Klageantrag und diesem entsprechend im Versäumnisurteil angegeben. Auf Antrag des Kl. hat das LG. gem. § 319 ZPO. durch Beschluß das Urteil dahingehend berichtigt, daß der Bekl. die Zwangsversteigerung in das Grundbuch A. Bl. 118 zu dulden habe. Die insbes. auf RG.: JW. 1902, 588 [7] gestützte sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Der Beschwerde liegt die Auffassung zugrunde, daß ein „Berichtigungsbeschluß" i. S. des § 319 ZPO. nur dann in Frage kommen könne, wenn es sich um ein zu berichtigendes „Versehen des Gerichts" also solches, handele, nicht aber, wenn eine irrtümliche Angabe einer Partei zu der objektiven Unrichtigkeit in Urteil oder Beschluß geführt habe. Eine derart strenge Sonderung läßt sich aber praktisch oft überhaupt nicht durchführen; insbes. wird der Fall öfters so liegen, daß eine irrtümliche Bezeichnung, ein Rechen- oder Schreibfehler seitens einer Partei dem Gericht Anlaß zu einem eigenen „Versehen" gibt. Die Bedürfnisse des praktischen Rechtsverkehrs und die Rücksicht auf Vermeidung unnötiger neuer Prozesse haben infolgedessen immer mehr zu einer ausdehnenden Auslegung und Anwendung des § 319 ZPO. geführt, indem auch die durch unrichtige Parteiangaben veranlaßten Unrichtigkeiten in gerichtlichen Entscheidungen als Gegenstand einer zulässigen „Berichtigung" anerkannt wurden. Erfordernis für die Vornahme einer „Berichtigung" ist aber auch hier selbstverständlich immer, daß es sich um eine offenbare Unrichtigkeit handelt, daß beispielsweise die Identität zwischen der irrtümlich bezeichneten Person oder Sache und der wirklich gemeinten zweifellos ist (vgl. in diesem Sinne Stein-Jonas, ZPO., Bem. I 4 zu § 319; Baumbach, Bem. 2 das.; KG.: JW. 1928, 1148). Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall konnte die vom Vorderrichter vorgenommene „Berichtigung" der Grundstücksbezeichnung im Tenor des Versäumnisurteils v. 19. Sept. 1930 keinesfalls mißbilligt werden.

Daß das Grundstück A. Bl. 118 dem Bekl. gehörte und daß auf ihm die eingeklagte Hypothek der Kl. von 15 000 *RM* eingetragen stand, ist während des ganzen Prozesses keinerlei Streit gewesen. Wenn auch das Versäumnisurteil v. 19. Sept. 1930 — im Anschlusse an die Ladungsschrift — das fragliche Grundstück unrichtig als „A. Nr. 18" bezeichnet, so ergibt doch der weitere Akteninhalt, daß in der Folge beiderseits zwischen den Parteien Abschriften von Verträgen betreffs des Grundstücks und von anderweitigen Urkunden (Hypothekenbrief usw.) schriftsatzmäßig ausgewechselt worden sind, in denen überall das Grundstück mit der richtigen Bezeichnung „A. Nr. 118" bezeichnet ist. Somit handelte es sich bei der Benennung des Grundstücks in dem gedachten Versäumnisurteil zweifellos um ein bloßes Versehen, um eine offenbare Unrichtigkeit. Es hätte für das Gericht — objektiv gesprochen, falls das vorgefallene Versehen eben bemerkt worden wäre — Anlaß bestanden, das „Fragerecht" auszuüben und die Parteien auf die Unstimmigkeit in der Grundstücksbezeichnung aufmerksam zu machen, was dann sicherlich zu alsbaldiger Richtigstellung — vor Erlaß des Schlußurteils — geführt hätte. Auch hier zeigt sich also, daß „Versehen" der Partei und des Gerichts praktisch oft gar nicht zu trennen sind.

Soweit in der Entsch. des RG.: JW. 1902, 588 [7] eine abweichende Meinung vertreten sein sollte, so würde der Senat dem nicht beitreten können.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 4. Mai 1931, 7 W 479/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Pickert, Angerburg.

*

München.

14. Art. 102 RVerf.; § 1 GVG. Beachtung der Rechtsgrundsätze des RG. durch die unteren Instanzen. †)

Das LG. hat in seiner Entsch. nicht diejenigen Rechtsgrundsätze zugrunde gelegt, die das RG. in ständiger Rspr. für die Aufwertung von Restkaufgeldern und Grundstückskäufen, soweit diese Kaufgelder nicht hypothekarisch gesichert sind und keine Vermögensanlage bilden, entwickelt. Die Rechtsgrundsätze haben die Untergerichte als gesetzliche Norm zu behandeln und anzuwenden.

(OLG. München, Urt. v. 1. Juli 1931, BerReg. L 1670/30 III.)

Mitgeteilt von RA. Robert Held, Starnberg.

*

Naumburg.

15. Die Intervention des § 75 ZPO. ist eine Hauptintervention. Die vom Intervenienten beanspruchte Forderung muß die gleiche sein, wie die vom Kläger beanspruchte. †)

Der Antrag des Bekl. und des Streithelfers auf Entlassung des Bekl. aus dem Rechtsstreit ist zurückgewiesen worden (der Streithelfer ist dann aber als Nebenintervenient zugelassen).

Nach § 75 ZPO. ist der Bekl. auf seinen Antrag, dann aus dem Rechtsstreit zu entlassen, wenn er einem Dritten, der die im Rechtsstreit geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, den Streit verkündet hat, dieser dem Rechtsstreit beigetreten ist und er selbst den Forderungsbetrag zugunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt hat. Es fehlt an der nach § 75 ZPO. erforderlichen Voraussetzung, daß der Streithelfer die von der Kl. geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt.

§ 75 ZPO. regelt einen Fall der Hauptintervention. Der Streithelfer müßte daher bezüglich des von der Kl. geltend gemachten Anspruchs zur Hauptintervention berechtigt sein. Daraus ergibt sich das Erfordernis der Identität des Anspruchs des Streithelfers und des im Streit befangenen Anspruchs der Kl. Beide Ansprüche müssen nach ihrem Entstehungsgrunde, nach dem ihnen zugrunde liegenden rechtserzeugenden Tatbestande, identisch sein. Die Kl. und der Streit-

---

gehoben ist, vielmehr auf ein weiteres Rechtsmittel hin wiederhergestellt wird; vgl. auch S. 956, wo nach der Aufhebung des Schuldtitels die Vollstreckung der vorher bereits rechtskräftig gewordenen Straffestsetzung für unzulässig erklärt wird; ähnlich RG. 43, 398 f., wo ausgesprochen wird, daß auch eine Strafe nicht mehr verhängt werden darf, wenn der die Unterlassungsverpfl. begründende Titel durch rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urt. für unrechtmäßig und daher zur Förderung des mater. Rechts nicht dienlich erklärt ist. Für Unzulässigkeit der Straffestsetzung nach Aufhebung des Titels auch Stein-Jonas § 890 II 3 und Baumbach, 6. Aufl., § 890 II B.

Nun handelt es sich im vorl. Falle allerdings nicht unmittelbar um eine Aufhebung des Titels, d. h. des Unterlassungsurt., sondern darum, daß das zugrunde liegende Mietverh. (für dessen Dauer offenbar die Verurt. zur Unterlassung ergangen war) durch rechtskräftiges Urt. aufgehoben worden ist. Allein das ändert an der Unzulässigkeit der nachträgl. Straffestsetzung nichts. Denn wenn auch nicht der die Verpfl. zur Unterlassung begründende Titel, so ist doch das durch die Strafandrohung geschützte Recht mit dem Mietverh. fortgefallen, und damit kann auch in diesem Falle die Strafe nicht mehr als Zwangsmittel dienen, woraus die Unzulässigkeit ihrer nachträglichen Festsetzung folgt (Falkmann-Mugdan a. a. O. S. 956 und die — auch die Gegenmeinung berücksichtigenden — Verweisungen in Anm. 16). Anders läge es, wenn bei Fortbestehen des fraglichen Mietverh. lediglich der im Titel festgestellte Unterlassungsanspruch fortgefallen wäre. Dann wäre (wie Falkmann-Mugdan a. a. O. m. N. betont) die nachträgl. Straffestsetzung zulässig, die Schuldnerin wäre auf die Vollstreckungsgegenkl. des § 767 ZPO. angewiesen.

Prof. Dr. Rud. Schultz, Freiburg i. Br.

Zu 14. Es handelt sich in den abgedr. Sätzen nicht um einen schlechten Witz. Das Urteil liegt vor!

Selbstverständlich kann und soll das BG. nachprüfen, ob die Vorinstanz die in ständiger Rspr. des höchsten Gerichtshofes entwickelten Sätze berücksichtigt hat. Aber der Satz „die Rechtsgrundsätze haben die Untergerichte als gesetzl. Norm zu behandeln und anzuwenden" ist in so hohem Maße im Widerspruch zu dem klaren Gesetz, daß ein Gericht vom Range eines deutschen OLG. im Interesse der Achtung vor dem Gesetz den Satz nicht in sein Urt. aufnehmen sollte. Trotz der lapidaren Kürze werden die Verf. des abgedr. Urt. wohl in einsamer Verlassenheit dastehen, wenn sie wirklich der Meinung sind, daß die Untergerichte die Rechtsgrundsätze, welche das RG. auf dem im Urt. erwähnten Gebiete entwickelt hat, als gesetzl. Norm zu behandeln haben. Denn in Art. 102 RVerf. und § 1 GVG. steht das Gegenteil.

Aber man mag hoffen, daß der ganze Satz nur ein lapsus calami ist. Das wäre die beste Lösung!

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

Zu 15. Ein Beitrag zur Auslegung des in der Praxis so selten vorkommenden § 75 ZPO.! Die Entsch. weist den Antrag auf Entlassung des Bekl. aus dem Rechtsstreit zurück, weil die beiden Forderungsprätendenten nicht dieselbe Forderung in Anspruch nähmen. (Wenn ergänzend als Grund angeführt wird, daß der Streithelfer die Forderung nicht für sich in Anspruch nehmen könne, so wird dabei übersehen, daß es offenbar nur darauf ankommt, ob er sie — mit Recht oder Unrecht — für sich in Anspruch nimmt.) Die Forderung, um die hier Kl. und Streithelfer streiten, ist eine Restkaufpreisforderung für einige seitens des Rechtsvorgängers des

helfer müssen sich mit ihren Ansprüchen gegenseitig ausschließen. Zwar genügt es, wenn der Streithelfer die von der Kl. geltend gemachte Forderung tatsächlich für sich in Anspruch nimmt. Das schließt aber nicht das Erfordernis aus, daß die Behauptungen des Streithelfers erkennen lassen müssen, daß er die Forderung für sich beansprucht, die die Kl. mit der Klage geltend macht.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Kl. stützt ihren Zahlungsanspruch gegen den Bekl. auf den selbständigen Entstehungsgrund einer angeblichen Schuldübernahme. Diese Forderung beansprucht der Streithelfer nicht. Sein Anspruch stützt sich vielmehr auf § 2 Abs. 1 des Übernahmevertrages. Die Ansprüche der Kl. und des Streithelfers beruhen daher auf ganz verschiedenen Tatbeständen. Sie stellen zwei selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche dar. Die erforderl. Identität fehlt.

Der Streithelfer kann aber die Forderung aus § 2 Abs. 1 des Übernahmevertrages auch gar nicht für sich in Anspruch nehmen. Nach § 2 Abs. 3 des Vertrages geht D.s Kaufpreisanspruch aus der Übernahme des Warenlagers auf Zahlung an die von D. noch nicht befriedigten Verkäufer der Waren. Da die Warenkaufpreisschuld D.s bei der Kl. noch nicht voll bezahlt ist, kann daher der Streithelfer aus § 2 des Übernahmevertrages auch nicht Zahlung an sich, sondern nur an den Kl. verlangen.

Die Voraussetzungen des § 75 ZPO., daß der Streithelfer die von der Kl. geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, ist somit nicht dargetan. Soweit die Kl. ihren Anspruch gegen den Bekl. auf § 25 HGB. stützt, kann in eine Erörterung der Frage, ob der Streithelfer diese Forderung für sich beansprucht, nicht eingetreten werden, da die erst im zweiten Rechtszuge zur Begründung dieses Anspruchs aufgestellten Behauptungen der Kl. eine Klageänderung darstellen und der Bekl. und der Streithelfer in diese Klageänderung nicht eingewilligt haben.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 12. Mai 1931, 8 U 53/31.)

Mitgeteilt von RA. Huckemann, Naumburg a. S.

*

Nürnberg.

16. Im Falle des § 249 Abs. 3 ZPO. steht es nicht im Ermessen des Prozeßgerichts, ob es die zu erlassende Entscheidung verkünden will, vielmehr muß die Verkündung erfolgen. Lehnt das Gericht diese auf unbestimmte Zeit ab, so kann hierin die Aussetzung des Verfahrens zu erblicken sein. Dann ist die sofortige Beschwerde nach § 252 ZPO. gegeben. †)

Nach der mündlichen Verhandlung v. 7. Okt. 1930 ist über das Vermögen der Bekl. das Konkursverfahren eröffnet worden. Das LG. hat darauf am 28. Okt. 1930 Beschluß dahin verkündet, daß, da das Verfahren unterbrochen sei, die Verkündung einer Entscheidung unterbleibe. Auf die am 29. Okt. 1930 erhobene Beschwerde der Klagepartei, mit deren Antrag die Aufhebung dieses Beschlusses begehrt ist, und zwar mit der Begründung, daß die Verkündung einer Entscheidung erfolgen müsse, hat das LG. auf seinem Beschlusse beharrt, von der Ansicht ausgehend, diese Maßnahme sei zwar nicht gehindert, es sei aber nicht vorgeschrieben, daß sie erfolgen müsse. Die Würdigung der Beschwerde führt zu folgendem Ergebnis:

Gemäß § 240 ZPO. wird im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei das Verfahren, wenn es, wie hier, die Konkursmasse betrifft, unterbrochen und nach § 249 a. a. O. sind, worüber trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift allgemeine Übereinstimmung besteht, während der Unterbrechung auch alle nach außen wirkenden Handlungen des Gerichts wirkungslos. Für die Verkündung einer auf Grund einer mündlichen Verhandlung zu erlassenden Entscheidung besteht jedoch die Ausnahmevorschrift, daß sie nicht „gehindert“ wird, wenn die Unterbrechung erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung eintritt.

Die Erörterung der Frage, ob angesichts des § 567 Abs. 1 ZPO. die Beschwerde als zulässig zu erachten ist, erfordert zunächst die Prüfung der anderen Frage, welche Tragweite dem § 249 Abs. 3 a. a. O. beizumessen ist.

Das LG. ist der Ansicht, daß es dem freien Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es in einem solchen Falle die zu erlassende Entscheidung verkünden will oder nicht. Der Senat teilt diese Anschauung nicht. Die Kommentare von Stein-Jonas, Seuffert, Sydow-Busch sprechen sich über die Bedeutung der Vorschrift nicht aus. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 408 zu § 128, IV, 3, bemerkt, Urteile und andere Entscheidungen dürften ... noch verkündet werden, während Reincke, ZPO. in Anm. II zu § 249 den Abs. 3 dahin erläutert, daß das Gericht der Unterbrechung ungeachtet die Entscheidung beschließen und verkünden soll und nach Förster-Kann (Anm. 2) die zu erlassende Entscheidung nicht nur beraten, sondern auch verkündet werden kann. Eine Entscheidung oberer Gerichte ist, soweit ersichtlich, zu der Frage bisher nicht veröffentlicht worden. Ihre Lösung ergibt sich aus der Begründung des Zivilprozeßentwurfs zu § 218 (= 249 der ZPO. in der heutigen Fassung). Dort heißt es: „Wenn die Entscheidung noch nicht erlassen, jedoch die mündliche Verhandlung bereits geschlossen ist, auf welche die Entscheidung ergehen kann, so ist eine weitere Parteitätigkeit nicht erforderlich. Ein dieses hemmendes Ereignis bleibt deshalb einflußlos und hindert die allein noch rückständige Verkündung der Entscheidung nicht.“ Es ist mithin zum Ausdruck gebracht, daß im Falle des § 249 Abs. 3 die Unterbrechung des Verfahrens auf die Verkündung der zu erlassenden Entscheidung keinerlei Einfluß ausübt, mit anderen Worten, daß die Unterbrechung insoweit als nicht vorhanden, als nicht geschehen anzusehen ist. Das gleiche besagt der Begriff des „Nichthinderns“. Wenn ein Ereignis den Fortgang des Verfahrens nicht hindert, d. h. wenn für ihn ein Hindernis nicht vorliegt, so hat das Verfahren seinen prozeßordnungsgemäßen Fortgang zu nehmen und gestattet dem Prozeßgerichte nicht nach freiem Ermessen die Wahl, ob es das Verfahren, hier durch Verkündung einer Entscheidung, fortsetzen will oder nicht.

Der Senat vertritt somit den Standpunkt, daß das Prozeßgericht die noch rückständige Entscheidung festzusetzen und zu verkünden hat, und stimmt hierin überein mit Jaeger, KO., 6./7. Aufl., S. 212.

Durch den angefochtenen Beschluß ist die Verkündung der zu erlassenden Entscheidung auf der Dauer nach nicht zu bestimmende Zeit abgelehnt, der Wirkung nach somit die Aussetzung des Verfahrens beschlossen worden, der der Beschluß in prozeßrechtlicher Hinsicht gleichkommt. Die Folge dieser Gleichstellung besteht darin, daß auf den erstrichterlichen Beschluß § 252 ZPO. Anwendung findet, die Beschwerde daher zulässig ist.

Fraglich könnte aber sein, ob nicht trotz der bisherigen Ausführungen die Verkündung der Entscheidung zu unterbleiben hat, da alle anderen nach außen wirkenden Handlungen des Gerichts unzulässig sind und man demzufolge der Ansicht sein könnte, auch die Anberaumung eines Termins zur Verkündung der Entscheidung sei nun nicht mehr statthaft. Diese Anschauung wäre aber unbegründet. Denn durch die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses wird das Verfahren wieder in den Stand v. 28. Okt. 1930 zurückversetzt, und es muß deshalb zulässig sein, das zur Ermöglichung der Nachholung der unterlassenen Verkündung Erforderliche zu tun und daher zu diesem Zweck auch einen Termin in die öffentliche Sitzung des Prozeßgerichts anzuberaumen.

(OLG. Nürnberg, 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Nov. 1930, BR 1016/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Silberschmidt, Nürnberg.

*

Streithelfers bei der Kl. bestellte Waren. Aus der ursprünglich gegen den Rechtsvorgänger des Streithelfers gerichteten Kaufpreisforderung der Kl. ist nach ihrer Ansicht durch Schuldübernahme eine Forderung gegen den Bekl. geworden, während der Streithelfer meint, der Bekl. müsse diese Kaufpreisschuld an ihn zahlen. Daß es bei dieser Sachlage an einer Identität der Forderung fehle, kann ich nicht zugeben. Ebensowenig wie durch nachträglichen Wechsel in der Person des Gläubigers die Identität leidet (vgl. dazu namentlich die klaren Ausführungen des OLG. Braunschweig: OLG. 17, 101), ebensowenig wird diese Identität dadurch ausgeschlossen, daß infolge Schuldübernahme die Person des Schuldners gewechselt hat. § 75 ZPO. will dem verkl. Schuldner helfen, dem zwei einander ausschließende Prätendenten gegenüberstehen, an deren Streit er völlig uninteressiert ist. Diese Interessenwertung des Gesetzes muß m. E. auch in Fällen wie dem vorliegenden zur Bejahung der Identität der Forderung und damit zur Zulassung der Hauptintervention führen.

Die in der Überschrift der Entsch. angeschnittene, nicht unstreitige Frage, ob beim Forderungsprätendentenstreit ein Fall der Hauptintervention vorliege, mag hier unerörtert bleiben: einmal wegen ihrer geringen Erheblichkeit und sodann mit Rücksicht darauf, daß der soeben erschienene Entwurf einer ZPO. die Hauptintervention wegen ihrer außerordentlich großen Seltenheit als besonderes Rechtsinstitut aufhebt (es wird nur in § 35 die Zuständigkeit des für den Erstprozeß zuständigen Gerichts für den durch die Hauptintervention entstehenden Rechtsstreit angeordnet).

Prof. Dr. Rühl, Göttingen.

Zu 16. Die Beschwerde ist zweifellos zulässig nach § 252 ZPO.: Es ist heute allgemein anerkannt, daß § 252 ZPO. sich nicht allein auf die Aussetzung im engeren Sinne der §§ 246 ff. ZPO. bezieht, sondern auf alle Beschlüsse, deren Wirkung einer Aussetzung gleichkommt, wie z. B. die Anordnung des Ruhens, einer langen Vertagung, aber auch einen Beschluß, der, wie hier, ein Tätigwerden des Gerichts ablehnt, weil das Verfahren unterbrochen sei. Zu der Frage, ob § 249 Abs. 3 ZPO. das Gericht nur ermächtige oder auch verpflichte, eine auf Grund der vor der Unterbrechung beendeten mündlichen Verhandlung zu erlassende Entscheidung zu verkünden, ist, wie das OLG. eingehend darlegt, im Schrifttum im allgemeinen nicht klar Stellung genommen. Lediglich Jaeger a. a. O. nimmt bei Spruchreife eine Verpflichtung zur Verkündung der Entscheidung an unter Berufung auf § 300 ZPO. Man wird ihm mit dem OLG. Stuttgart zustimmen müssen. Große praktische Bedeutung hat die Frage freilich nicht.

RA. Theodor Sonnen, Berlin.

Stuttgart.

17. §§ 519 Abs. 2 Satz 2, 329 Abs. 3 ZPO. Die Verfügung über die Verlängerung der Frist für die Begründung der Berufung braucht dem Berufungsbekl. nicht zugestellt zu werden. †)

Mit der Bestimmung des § 329 Abs. 3 ZPO., daß die Verfügung den Parteien von Amts wegen zuzustellen sei, ist nicht gesagt, daß dies immer an beide Parteien geschehen müsse. Denn von diesem Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen (Stein-Jonas § 329 III 1). Hier kommt in Betracht, daß die Frist für die Begründung der Berufung ohne Anhörung des Gegners verlängert werden kann; erst für wiederholte Verlängerung ist nach § 225 Abs. 2 ZPO. die Anhörung geboten. Ferner hat der Gegner kein Beschwerderecht gegen die Verlängerung, denn dies müßte nach § 567 Abs. 1 ZPO. ausdrücklich vorgesehen sein. Demnach ist der Gegner in diesem Fall nicht Partei. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 522a Abs. 2, wonach die Anschlußberufung vor Ablauf der Frist für die Berufungsbegründung begründet werden muß. Stein-Jonas § 522a III Abs. 2 schließt mit Recht, daß die Verlängerung der Frist auch dem Anschlußkläger zuzustellen ist. Das kann aber nur im Fall der Anschlußberufung gelten.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Urt. v. 19. Mai 1930, U 1314/29.)

Berlin.

III. Kosten.

18. § 18 Abs. 1 GKG. Abänderung des Wertfestsetzungsbeschlusses nach Beendigung des Verfahrens nicht von Amts wegen, sondern nur auf Beschwerde. †)

A.

In dem Rechtsstreit, der die Anfechtung der Ehelichkeit des Bekl. zum Gegenstande hatte, waren die BeschwF. den Parteien zur unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte als Anwälte beigeordnet. Durch Beschl. v. 22. Sept. 1929 hat das LG. den Streitwert dieses Prozesses auf 2000 *RM* festgesetzt. Dementsprechend wurden auch am 31. Okt. und 2. Nov. 1929 die den BeschwF. aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren festgesetzt und zur Auszahlung gebracht. Am 1. Dez. 1929 beschritt das ergangene Urteil Rechtskraft.

Auf eine im Nov. 1930 gegebene Anregung des LGPräs. nahm das LG. Veranlassung, die Festsetzung des Streitwertes erneut zu überprüfen, und setzte durch Beschl. v. 10. Dez. 1930 den Streitwert anderweit auf 1000 *RM* fest.

Die von den beiden Prozeßbevollmächtigten im eigenen Namen erhobenen Beschwerden sind begründet.

Nach § 18 Abs. 1 Satz 4 GKG. kann die Streitwertfestsetzung von dem Gericht, das sie getroffen hat, sowie von dem Gericht der höheren Instanz im Laufe des Verfahrens auch von Amts wegen geändert werden. Im Schrifttum ist die Frage streitig, welche Bedeutung den Worten „im Laufe des Verfahrens" zukommt. So vertreten Wolf und Max Friedlaender (GKG., 1929, Anmerkung 20 zu § 18) in Übereinstimmung mit dem Komm. zur RAGebO. von Walter-Joachim-Friedlaender (Anm. 15, 18, 19 zu §§ 11, 12) den Standpunkt, die Worte „im Laufe des Verfahrens" seien nur zu den ihnen unmittelbar vorausgehenden Worten „von dem Gericht der höheren Instanz" in Beziehung zu setzen und hinderten folgeweise das Gericht, das die Festsetzung getroffen habe, nicht an einer jederzeitigen Abänderung seiner Entsch. Dieser von Friedlaender auch an anderer Stelle[1]) vertretenen Meinung folgen unter Aufgabe ihres früheren Standpunktes Rittmann-Wenz (GKG., 14. Aufl. 1929, Anm. 3 zu § 18, vgl. 10. Aufl. S. 81) ohne eigene Begründung.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß durch die Worte „im Laufe des Verfahrens" die in Frage stehende Abänderungsbefugnis nicht nur für das Gericht der höheren Instanz, sondern auch für das Gericht, das die Streitwertfestsetzung vorgenommen hat, zeitlich fest begrenzt wird. Hierfür spricht schon der Wortlaut der streitigen Bestimmung. Wenn der Gesetzgeber der Vorschrift des § 18 GKG. den ihr von Friedlaender unterlegten Sinn hätte beilegen wollen, so wäre es ein leichtes gewesen, diesen Sinn durch eine Umstellung im Satzbau, etwa durch die Fassung „sowie im Laufe des Verfahrens von dem Gericht der höheren Instanz" zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen. Die sprachliche Beziehung des Ausdrucks „im Laufe des Verfahrens" auf das an zweiter Stelle genannte Gericht der höheren Instanz ist gezwungen und widerspricht dem Sprachgefühl. Mit Recht ist geltend gemacht worden, daß auch im Hinblick auf die Zeit des Erlasses des GKG., in der eine sorgfältige Gesetzesredaktion die Regel bildete, nicht ohne weiteres angenommen werden kann, der Gesetzgeber habe sich in diesem Falle ganz mißverständlich ausgedrückt[2]).

Für die hier vertretene Auslegung spricht noch eine weitere Überlegung. Das RG. hat in dem Beschluß der VerZivSen. vom 24. Juni 1899 (RG. 44, 403) bei Prüfung der Frage, ob unter dem Ausdruck „Verfahren" auch das Kostenfestsetzungsverfahren zu verstehen sei, an Hand der Gesetzesmaterialien eingehend die Bedeutung des § 16 GKG. AFass., der dem § 18 GKG. in der heutigen Fassung entspricht, gewürdigt. In dem Beschl. heißt es, die Worte „im Laufe des Verfahrens" seien in dem Entw. z. GKG. nicht enthalten gewesen, sondern erst später von der RTKomm. beigefügt worden. Der Umstand, daß aus den RTVerh. keine Begründung dieser Änderung zu ersehen sei, rechtfertige den Schluß, daß die RTKomm. mit der Hinzufügung der Worte „im Laufe des Verfahrens" keine sachliche Änderung habe vornehmen, sondern nur den Umfang der den Gerichten eingeräumten Befugnis habe klarstellen wollen. Hält man diesen Schluß im Hinblick auf die ständ. Übung

[1]) JW. 1926, 860.
[2]) Silberschmidt: JW. 1925, 2587.

Zu 17. Die Entsch. des OLG. ist richtig, hätte aber kaum dieser ausführlichen Begründung bedurft: Das RG. hat in ständiger Rspr. (vgl. z. B. JW. 1925, 1491[19]) anerkannt, daß § 329 Abs. 3 ZPO. lediglich eine Maßnahme zum Schutze der Partei, an welche sich die Verfügung richtet, sei. Die Zustellung soll Gewähr geben, daß die Partei in zuverlässiger Form Kenntnis von der Verfügung erlangt. Diese zum Schutze der Partei erlassene Vorschrift darf nicht dazu führen, der Partei aus einer lediglich zu ihren Gunsten ergangenen Verfügung einen Nachteil entstehen zu lassen, nachdem sie in zuverlässiger Weise bereits Kenntnis hatte. Folgerichtig hat in ständiger Rspr. das RG. angenommen, daß die Fristverlängerungsverfügung zu ihrer Wirksamkeit selbst dem Berufungskl. nicht notwendig förmlich zugestellt zu werden braucht, daß vielmehr es genügt, wenn der Berufungskl. sonstwie zuverlässig von ihr Kenntnis erlangt. Ist aber zur Wirksamkeit der Verlängerung nicht einmal eine Zustellung an den Berufungskl. notwendig, so kann erst recht eine Zustellung an den Berufungsbekl. nicht zur Wirksamkeit verlangt werden. Das muß auch dann gelten, wenn die Fristverlängerung mittelbar auch zugunsten des Berufungsbekl. gilt, weil dieser eine noch nicht begründete Anschlußberufung innerhalb der Berufungsbegründungsfrist zu begründen hat. Die Zustellung der Verfügung ist in § 329 Abs. 3 angeordnet, aber die Anordnung ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung. Dem Berufungsbekl., der eine Anschlußberufung eingelegt, aber noch nicht begründet hat, kann aus einer Nichtkenntnis der Verlängerung ein Schaden nicht entstehen, schon deshalb nicht, weil er die mangels Begründung unzulässige Anschlußberufung auch später noch in zulässiger Form neu erheben könnte.

RA. Theodor Sonnen, Berlin.

Zu 18. Unter den Widerständen, die sich so oft einfinden, wenn der RA. seiner Arbeit Lohn finden will, und die zu den unerquicklicheren Beigaben seines Berufes gehören, spielt keine ganz geringe Rolle die restriktive Behandlung von Kostenvorschriften zu seinen Ungunsten. Die Geschichte der RAGebO. ist die Geschichte der mühsamen Bekämpfung ihrer einengenden Interpretation.

Eine neue Modalität der Kürzung von Anwaltsgebührnissen lernen wir aus dem Sachverhalt der Entsch. A kennen. Der Rechnungsbeamte eines LG., wie wir wohl zu entnehmen haben, hatte den Präsidenten bewogen, den Zivilkammern eine Überprüfung und Herabsetzung der Streitwerte in bereits abgeschlossenen Prozessen nahezulegen. Da hinsichtlich der Gerichtskosten der Justizfiskus nur an einer Erhöhung der Streitwerte interessiert ist, so kann diese Präsidialverfügung wohl nur den Zweck verfolgt haben, Anwaltsgebühren von Armenanwälten nachträglich zurückzufordern. Man braucht nun nicht sonderlich Partei für den RA. zu nehmen, um in dieser Verfahrensweise einen Schönheitsfehler festzustellen; denn den Fiskus zu fördern, ist Sache der Gesetze, nicht der Gerichte.

In Verfolg jener Präsidialverfügung hatte die ZivK., länger als ein Jahr nach rechtskräftiger Erledigung eines Prozesses, seinen Streitwert herabgesetzt. Die Frage, ob dies zulässig war, beantworten die beiden Entsch. A u. B dahin: es war von Amts wegen unzulässig, auf Beschwerde zulässig.

Daß eine Abänderung des Streitwertes von Amts wegen nur statthaft ist bis zur Urteilsrechtskraft, leitet das KG. (gegen Friedlaender) überzeugend her aus dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des § 18 Abs. 1 Satz 4 GKG.

Zur weiteren Begründung führt das KG. praktische und Billigkeitserwägungen an: Eine Möglichkeit, noch nach Prozeßabschluß jederzeit und unbefristet den Streitwert abzuändern, bedeutet eine konstante Unsicherheit der Parteien und der Anwälte darüber, ob sie noch auf unbefristete Zeit hinaus Zahlungen zu leisten haben. Die Parteien sind dann nicht davor gesichert, im Falle nachträglicher Streitwerterhöhung noch Anwaltskosten nachzahlen zu müssen für den längst beendeten Prozeß. Die Anwälte sind nicht davor gesichert, im Falle nachträglicher Streitwertherabsetzung Gebührnisse, die sie empfangen und vielleicht verbraucht haben, noch nach geraumer Zeit zurückzahlen zu müssen. Unannehmbare, unmögliche Konsequenzen.

Diese Konsequenzen haben aber den Gesetzgeber nicht gehindert, einen solchen unpraktischen und unzumutbaren Schwebezustand in der Tat für die Dauer einer Kondiktionsfrist von 30 Jahren (!) einzurichten, indem er die Wertbeschwerde der Partei, des RA.

der RTKomm., sachliche Änderungen der Gesetzentwürfe in der schriftlichen Gesetzesbegründung zu rechtfertigen, für zutreffend, so ergibt sich ohne weiteres, daß eine unterschiedliche Behandlung der Gerichte des ersten, zweiten oder dritten Rechtszuges hinsichtlich der Abänderungsbefugnis nicht beabsichtigt war. Denn ohne die Worte „im Laufe des Verfahrens" könnte ein solcher Gegensatz aus dem Gesetzeswortlaut überhaupt nicht herausgelesen werden (vgl. auch Silberschmidt a. a. O.).

Schließlich sprechen gegen die Annahme einer zeitlich unbegrenzten Abänderungsbefugnis auch praktische und wirtschaftliche Erwägungen. Mit Recht machen die BeschwF. geltend, daß es für die Anwälte der Parteien in jedem Falle eine unbillige Härte bedeuten würde, wenn sie noch fortdauernd damit rechnen müßten, daß die Gerichte von Amts wegen den Streitwert anderweit festsetzen und damit den Parteien die Möglichkeit geben würden, die seinerzeit vom Gericht als berechtigt anerkannten und deshalb gezahlten Beträge vom Anwalt wieder zurückzufordern. Mit Rücksicht auf die hierdurch begründete Rechtsunsicherheit hat sich das KG. schon in dem Beschl. v. 27. Sept. 1888 (BuschsZ. XIV, 159 Nr. 6) auf den Standpunkt gestellt, daß jedes Prozeßgericht seinen Streitwertfestsetzungsbeschl. nur im Laufe des Verfahrens ändern darf. An dieser Rspr., der sich gerade in den letzten Jahren die OLG. Frankfurt a. M.[3]) und Hamburg (SeuffArch. 81, 28) ausdrücklich angeschlossen haben, ist festzuhalten. Der 33. ZivSen. des KG. vertritt in dem Beschl. v. 28. Jan. 1931, 22 W 266/31 (KGBl. 1931, 31) den gleichen Standpunkt.

Ihm gegenüber kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, daß das Gericht auch die erste Festsetzung für seine Instanz zu beliebiger Zeit nach Abschluß derselben vornehmen kann. Denn der Rechtsverkehr fordert auch für den Fall, daß die Streitwertfestsetzung erst in dem späteren Kostenfestsetzungsverfahren erfolgt, eine sichere, keiner beliebigen Abänderung ausgesetzte Entsch. Daß den praktischen Erfordernissen infolge der unbefristeten Zulassung der Beschwerde doch noch nicht hinreichend Genüge geschieht, ist der Gegenmeinung zuzugeben. Diese Überlegung kann aber nicht dazu führen, die erwähnten Unzuträglichkeiten im Wege einer gezwungenen Gesetzesauslegung auch in den Fällen zuzulassen, in denen keine Beschwerde eingelegt worden ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob auch nach Beendigung des Verfahrens eine Abänderung dann zuzulassen ist, wenn sie auf einer dem Gericht vorher zugegangenen Anregung beruht (so OLG. Hamburg: SeuffArch. 81, 28). Denn im vorliegenden Falle ist dem LG. eine Überprüfung der Streitwertfestsetzung erst im Laufe des Monats Nov. 1930 nahegelegt worden, also ein Jahr nach Festsetzung der den BeschwF. aus der Staatskasse zu gewährenden Gebühren. Der Zeitpunkt der Festsetzung dieser Gebühren ist aber als Ende des Verfahrens in Armensachen anzusehen[4]).

(KG., 27. ZivSen., Beschl. v. 30. März 1931, 27 W 1426/31.)

B.

In einem Rechtsstreite, der die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes zum Gegenstande hatte, ist dem Kl. das Armenrecht bewilligt und der RA. Dr. H. zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung seiner Rechte beigeordnet worden. Durch Beschl. vom 18. Jan. 1930 hat das LG. den Streitwert auf 2000 *RM* festgesetzt. Dementsprechend wurden auch die Gebühren des Armenanwalts festgesetzt und aus der Staatskasse erstattet.

Nachdem das LG. es abgelehnt hatte, die Streitwertfestsetzung auf eine Anregung des LGPräs. von Amts wegen nachträglich zu ändern, wandte sich der Leiter des Rechnungsamtes bei dem KG. namens der Staatskasse im Wege der Beschw. gegen den Streitwertfestsetzungsbeschl. mit dem Antrage, den Beschl. aufzuheben und den Streitwert auf 500 *RM* festzusetzen.

Das KG. gab der Beschwerde teilweise statt und setzte unter Abänderung des angefochtenen Beschl. den Streitwert auf 1500 *RM* fest, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Die gem. § 18 Abs. 2 GKG. zulässige Beschwerde ist als einfache Beschwerde i. S. der ZPO. an keine Frist gebunden. Bedenken gegen ihre Zulässigkeit lassen sich auch nicht aus der Tatsache herleiten, daß der Rechtsstreit einschl. des Kostenfestsetzungsverfahrens bereits seit Jahresfrist beendet ist. Zwar hat der Sen. in der gleichliegenden Sache 27 W 1426/31 (s. oben Ziff. A) eine Abänderung des Streitwertes von Amts wegen nach Abschluß des Verfahrens für unzulässig erklärt und dabei erwogen, daß es für die Anwälte eine unbillige Härte bedeutet, wenn sie noch nach Jahren der Rückforderung ihrer ordnungsmäßig erhobenen Gebühren infolge anderweiter Streitwertfestsetzung ausgesetzt sind. Diese wirtschaftliche und rechtspolitische Erwägung ist geeignet, bei Anwendung der Vorschr. des § 18 Abs. 1 Satz 4 GKG. eine auf dem Gesetzeswortlaut („im Laufe des Verfahrens") und der Entstehungsgeschichte beruhende Auslegung gegenüber einer abweichenden Meinung des Schrifttums zu rechtfertigen. Die Erwägung kann aber nicht dahin führen, den klaren Wortlaut des § 18 Abs. 1 GKG. umzudeuten.

Das Beschwerderecht der Staatskasse ergibt sich aus ihrem Interesse an einer anderweiten Festsetzung des Streitwertes. In der Regel hat die Staatskasse ein Interesse an der Heraufsetzung des Streitwertes, um Gerichtskosten in zutreffender Höhe einfordern zu können. In diesem Falle entfällt das Interesse und folgeweise auch die Beschwerdebefugnis der Staatskasse dann, wenn die Nachforderung zu wenig gezahlter Gerichtskosten infolge der zeitlichen Beschränkung nach § 5 GKG. nicht mehr zulässig ist (vgl. Jonas, Anm. 9c zu § 18 GKG.).

Im vorliegenden Falle fühlt sich die Staatskasse durch die ihrer Meinung nach zu hohe Streitwertfestsetzung beschwert. Ihr Interesse ergibt sich aus ihrer Erstattungspflicht gegenüber dem Armenanwalt; ihre Beschwerdebefugnis entfällt erst dann, wenn ihr Anspruch gegen den Armenanwalt auf Rückerstattung zuviel gezahlter Gebühren nicht mehr durchsetzbar ist. Der Anspruch beruht auf ungerechtfertigter Bereicherung und verjährt als solcher in 30 Jahren. Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß die Ausnutzung des hiernach 30 Jahre lang gegebenen Beschwerderechts durch die Staatskasse zu den gleichen Unzuträglichkeiten führen würde, die der Senat in dem Falle der nachträglichen Abänderung des Streitwertes gemißbilligt hat. Diese unerwünschte Folge beruht aber nicht so sehr auf der unbefristeten Zulassung der Beschwerde, als darauf, daß es an einer dem § 5 GKG. entsprechenden Schutzvorschrift für den Anwalt fehlt. Nur der Gesetzgeber wäre in der Lage, diesem Übelstande abzuhelfen.

In der Sache selbst ist dem BeschwF. zunächst zuzugeben, daß Kindschaftsanfechtungsklagen keine Ehesachen sind, und daß für sie daher die gesetzl. Festlegung eines Mindeststreitwertes von 2000 *RM* nicht gilt. Doch scheint es andererseits auch nicht zulässig, bei Rechtsstreitigkeiten, in denen es sich um die Feststellung der Ehelichkeit handelt, einen Mindeststreitwert von 500 *RM* anzunehmen. Nach § 11 GKG. kann bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten überhaupt nicht unter einen Streitwert von 500 *RM* heruntergegangen werden. Der Anspruch auf Feststellung der Ehelichkeit seitens des Kindes bzw. der Unehelichkeit seitens des Vaters gehört aber unter den nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen seiner Natur nach zu den bedeutungsvollsten. Von der Feststellung der Ehelichkeit hängt nicht nur die Unterhaltspflicht des Vaters, sondern vor allem auch das Erbrecht des Kindes ab. Die hohe ethische Bedeutung der Kindschaftssachen hat den Gesetzgeber veranlaßt, sie in § 640 ZPO. verfahrensrechtlich den Ehesachen anzugleichen. Es liegt deshalb nahe, auch in der Frage der Wertfestsetzung die Kindschaftssachen den Ehesachen anzunähern. Ein Mindeststreitwert von 1000 *RM* erscheint hiernach für Kindschaftssachen angemessen (vgl. auch OLG. Kiel: HöchstRRspr. 1929 Nr. 2048).

Unter Beachtung dieser grundsätzlichen Gesichtspunkte und des Normalsatzes von 2000 *RM* bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 11 GKG.) ist im Einzelfall unter Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände der Streitwert zu bemessen. Dafür, daß er sich — wie der BeschwF. meint — lediglich nach dem Vermögen und dem gegenwärtigen Einkommen der Parteien zu richten habe, gibt das Gesetz keinen Anhalt.

Wenn im vorliegenden Falle die Vermögenslosigkeit der Parteien Anlaß gibt, unter den Normalsatz von 2000 *RM* herunterzugehen, so ist andererseits zu beachten, daß der Kl. als Journalist sich in einer gehobenen sozialen Stellung befindet. An dieser wird dadurch nichts geändert, daß er gegenwärtig — nach Angabe

---

und der Staatskasse unbefristet zuließ. Um diese rechtliche Situation ist, wie die Entsch. B ebenfalls überzeugend ausführt, gar nicht herumzukommen angesichts des klaren Gesetzeswortlautes. Die Hauptsache zwar erfährt endgültige Regelung durch das Institut der Rechtskraft; die Nebensache aber, der Kostenpunkt, bleibt infolge des Institutes der unbefristeten Wertbeschwerde noch weitere volle 30 Jahre in der Schwebe, es sei denn, daß alle drei Beschwerdeberechtigten ihr Beschwerderecht ausüben und konsumieren — und daß dieser Schwebezustand nicht nur ein theoretischer ist, zeigt der Fall der Entsch. B.

Wenn der 27. Sen. darauf hinweist, daß das GKG. einer Zeit entstammt, in der „eine sorgfältige Gesetzesredaktion die Regel bildete", so dürfen wir mit nicht sehr großer Übertreibung hinzufügen, daß in jener Zeit das Motto der Gesetzgebung lautete: unpraktisch. Das Institut einer Wertbeschwerde ohne Befristung ist praktisch eine Bizarrerie und ein grober Fehler; es bedarf der Beseitigung.

Die Ansicht des 27. Senates, es wäre schon getan mit einer Schutzvorschrift für den Anwalt nach Analogie des § 5 GKG., scheint uns nicht ganz zuzutreffen. § 5 GKG. lautet: „Eine Nachforderung von Gerichtskosten wegen irrigen Ansatzes ist nur zulässig, wenn der berichtigte Ansatz vor Ablauf des nächsten Kalenderjahres nach rechtskräftiger oder endgültiger Erledigung des Verfahrens dem Zahlungspflichtigen eröffnet ist." Eine Analogievorschrift zugunsten des Anwaltes würde nicht die Partei davor schützen, daß sie noch nach Jahr und Tag — auf erfolgreiche Wertbeschwerde des Anwaltes (oder vielleicht seines Erben) — Anwaltskosten nachzahlen muß. Es erscheint aber auch widerspruchsvoll, ein Rechtsmittel unbefristet zuzulassen und seine praktischen Wirkungen durch Sondervorschrift mit Fristablauf abzuschneiden.

RA. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

[3]) JW. 1925, 1420.
[4]) So auch OLG. Celle: JW. 1926, 859.

seines Prozeßbevollmächtigten überdies nur wegen einer vorübergehenden Erkrankung — ohne nennenswertes Einkommen ist. Im Hinblick auf diese Umstände ist die Festsetzung des Streitwertes auf 1500 *RM* gerechtfertigt.

(KG., 27. ZivSen., Beschl. v. 30. März 1931, 27 W 237/31.)

Mitgeteilt von KGR. von Owstien, Berlin.

*

19. § 18 GKG.; §§ 1, 3 ZPO.; § 11 RAGebO. **Bei abgeschlossenen, durch Kostenerstattung und Verrechnung erledigten Verfahren darf eine Aufrollung der Kostenberechnung von Amts wegen oder auf Erinnern der Staatskasse oder einer Partei nicht zu dem Zweck erfolgen, um eine dem früheren Stand der Rechtsprechung gemäß ergangene Entscheidung mit dem jetzigen geänderten Stand der Rechtsprechung in Einklang zu bringen.** †)

RA. G. ist dem Bekl. und VerKl. zum Armenanwalt beigeordnet worden, doch ist dem Bekl. das Armenrecht nur zur Hälfte bewilligt worden. Der Urkundsbeamte hat die dem RA. G. aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren und Auslagen gemäß der grundsätzl. Entsch. des 20. ZivSen. v. 12. Juni 1928 (20 W 5470/28) festgesetzt.

Auf Erinnerung der Oberrechnungskammer hin hat sodann der Urkundsbeamte durch den jetzt angefochtenen Beschluß die Kosten anderweitig festgesetzt, indem er dafür den jetzigen Standpunkt des Senats zugrunde gelegt hat. Der Senat hat nämlich den früheren Grundsatz aufgegeben und in der grundsätzlichen Entsch. v. 1. Dez. 1930 (20 W 5475/30) in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der veröffentlichten gerichtlichen Entsch. ausgesprochen, daß, falls das Armenrecht nur zu einem Bruchteil bewilligt worden ist, für die Gebührenberechnung des Armenanwalts bei Werten über 400 *RM* die Sätze des § 9 RAGebO. ausgeschaltet werden und dem Armenanwalt aus der Staatskasse nur der nach den ermäßigten Sätzen des ArmAnwG. zu berechnende Bruchteil erstattet wird.

Die Erinnerung gegen diese neue Berechnung der Kosten hatte Erfolg.

Der Senat hat bereits anläßlich der Begutachtung der Frage, ob die Abänderung einer Wertfestsetzung von Amts wegen noch jederzeit möglich ist, sich grundsätzlich dagegen ausgesprochen, daß eine — an sich zeitlich unbegrenzt mögliche — Abänderungsbefugnis dazu benutzt wird, um Entsch., die auf Grund geltenden Rechts oder herrschender Rechtsanschauungen und Rspr. ordnungsgemäß getroffen sind, einer Korrektur zu unterziehen, nachdem inzwischen der Stand der Rspr. und die Rechtsanschauungen gewechselt haben. Der Senat hat damals, ausgehend von der Entsch. des OLG. Celle: JW. 1926, 859, wo nach Jahresfrist Streitwertfestsetzungen auf 500 *RM* auf Anregung der Staatskasse von Amts wegen auf 300 *RM* geändert waren — Friedlaender hatte in der Anm. zu dieser Entsch. das Vorgehen des Gerichts als „bedauerlichen Auswuchs des Fiskalismus“ bezeichnet — ausgesprochen:

„Es ist in der Tat unter keinem Gesichtspunkt zu begründen, einen abgeschlossenen, durch Kostenfestsetzung, Kostenzahlung und -verrechnung vollkommen erledigten Sachverhalt nur aus fiskalischem Interesse wieder aufzurühren, sofern nicht offensichtliche Irrtümer das erheischen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit muß unter allen Umständen dem fiskalischen Interesse vorgehen.“

Hieran hält der Senat mit aller Entschiedenheit fest. Bei abgeschlossenen, durch Kostenerstattung und -verrechnung erledigten Verfahren darf eine Aufrollung der Kostenberechnung, sei es von Amts wegen, sei es auf Erinnerung der Staatskasse oder einer Partei, nicht damit begründet werden, daß nach dem jetzigen Stand der Rspr. eine mit der früheren Rspr. durchaus im Einklang stehende Entsch. nicht mehr gerechtfertigt sei, insbes. daß aus fiskalischem Interesse eine Abänderung der früheren Entsch. herbeigeführt werden müsse. Der Grundsatz der Rechtssicherheit steht unter allen Umständen höher als rein fiskalische Interessen, mögen diese auch vielleicht im einzelnen Falle eine Abänderung wünschenswert erscheinen lassen.

Da hier die vom Urkundsbeamten vorgenommene, an sich formell zulässige und insoweit nicht zu beanstandende Abänderung der früheren Kostenfestsetzung bezüglich der Armenanwaltskosten nur zu dem Zweck erfolgt ist, um die Armenanwaltskosten entsprechend dem jetzt vom Kostensenat vertretenen Standpunkt zu berechnen, ist diese Abänderung unzulässig.

(KG., Beschl. v. 28. Sept. 1931, 20 Wa 233/31.)

Mitgeteilt von LGR. Gaedeke, Berlin.

*

20. § 72 Nr. 1a GKG. **Übersendung von Notfristattesten hat portofrei zu erfolgen. Der bisherige gegenteilige Standpunkt wird aufgegeben.**

Der Senat hat zwar in seinem Gutachten v. 20. Okt. 1930 und in einer Entsch. v. 5. Jan. 1931, 20 Wa 325/30 die Rechtsansicht ver-

---

Zu 19. Die neuartige Entsch. erweckt höchstes Interesse. — Das KG., 20. (Kost.) Sen. war früher (JW. 1929, 134) der Meinung, daß sich die Gebühren des Armenanwalts bei Bruchteilsarmenrecht in der Weise errechnen, daß von den nach dem vollen Streitwert gemäß RAGebO. berechneten Gebühren derjenige Bruchteil zu nehmen ist, zu welchem das Armenrecht gewährt wurde; dieser Gebührenbruchteil stelle die Gebühr des Armenanwalts dar, doch dürfe sie die bei dem vollen Streitwert sich nach ArmAnwG. ergebenden Sätze nicht übersteigen. Diese Ansicht ist a. a. O. vom KG. selbst gut begründet worden; sie wird vielfach vertreten, zuletzt insbes. auch von Willenbücher[11], KostFestsVerf. S. 194, von Friedlaender: JW. 1930, 3359; 1931, 1843, 2522, die beide (ebenso Baumbach, RKG. S. 283) zutreffend die Sätze des ArmAnwG. nicht für selbständige, andere Gebühren als die der RAGebO., sondern für Haftungsgrenzen halten; ferner in Walter-Joachim-Friedlaender (9. demnächst erscheinende Aufl.), Anh. II zum Abschn. 1 Anm. 55 Fußn. 96; im übrigen vgl. die Vertreter dieser Auffassung (Rspr. u. Rechtslehre) bei Gelynski-Meyer, Armenanwaltskosten S. 48; außerdem OLG. Naumburg: NaumbKZ. 1929, 146; OLG. Hamm: JW. 1931, 1840; OLG. Breslau (11. Sen.) — unter Aufgebung and. früherer Ansicht —: JW. 1931, 2522; ich habe mich in JW. 1928, 125 der gleichen Meinung angeschlossen und halte sie noch für zutreffend. Inzwischen hat nun der 20. Sen. des KG. mit Entsch. v. 1. Dez. 1930 (20 W 5475/30) seine oben dargelegte Auffassung aufgegeben und sich grundsätzlich dafür ausgesprochen, daß im Fall des Quotenarmenrechts für die Gebührenberechnung des Armenanwalts (bei Werten über 400 *RM*) die Sätze des § 9 RAGebO. auszuschalten seien und dem Armenanwalt nur der nach den ermäßigten Sätzen des ArmAnwG. zu berechnende Bruchteil vom Fiskus erstattet werde; Rspr. und Schrifttum, soweit sie gleicher Ansicht sind, findet sich ebenfalls bei Gelynski-Meyer S. 47 zusammengestellt; dazu treten aus jüngster Zeit noch OLG. Kiel: JW. 1931, 1841; OLG. Stettin: JW. 1931, 1843. Beide Meinungen haben in etwa gleichem Umfang in der Rspr. Anhänger gefunden, das Schrifttum (Friedlaender, Walter-Joachim-Friedlaender, Geiershöfer, Willenbücher, Baumbach) stehen fast einmütig auf dem Standpunkt der erstangeführten Auffassung. Die Gründe für und wider abzuwägen, ist hier nicht veranlaßt.

Im vorliegenden Fall waren die Kosten des Armenanwalts nach Maßgabe der früheren vom KG. (JW. 1929, 134) vertretenen grundsätzlichen Stellungnahme festgesetzt worden; auf Grund der neuerlichen andersartigen grundsätzlichen für die Anwälte ungünstigeren, dem Fiskus aber günstigeren Ansicht des gleichen 20. KostSen. des KG. erhob nun die Oberrechnungskammer Erinnerung, obschon seit etwa einem Jahr die Festsetzung, Verrechnung und Zahlung der Kosten erfolgt war. Das KG. hat sodann den auf diese Erinnerung im Sinne derselben erlassenen neuerlichen Kostenfestsetzungsbeschluß aufgehoben und die frühere Festsetzung wiederhergestellt, weil aus Gründen der Rechtssicherheit die Aufrollung eines abgeschlossenen, durch Kostenzahlung und -verrechnung erledigten Kostenfestsetzungsverfahrens unzulässig sei, wie denn das KG. in einem — scheinbar nicht veröffentlichten, wohl vor einigen Jahren abgegebenen — Gutachten auch die Änderung der Streitwertfestsetzung auf Grund geänderter Rechtsanschauung und Rspr. abgelehnt habe. Damit ist der wichtige und m. W. neue Grundsatz aufgestellt, daß trotz formell zulässiger an Fristen nicht gebundener Rechtsbehelfe der Wechsel der Rechtslehre und Rechtsprechung zur sachlichen Begründung solcher Behelfe nicht geeignet sei. Trotz mannigfacher Bedenken und trotz der gegenüber dem formalen Prozeßgesetz bei dem Mangel einer bestimmten Rechtsvorschrift nicht leicht zu begründenden Auffassung des KG. trete ich ihr bei. Man wird anzunehmen haben, daß das KG. nicht die prozessualen Rechtsbehelfe, die als solche weder sittlichen noch unsittlichen Charakter besitzen, als unzulässig betrachtet, sondern daß seine Entsch. den materiellen neuerlich damit geltend gemachten Kostenanspruch für sachlich unbegründet hält, weil die Ausnützung einer neuerlichen anders als früher gerichteten Rechtsanschauung dann als unzulässig zu betrachten ist, wenn das frühere Verfahren in der oben gezeigten Weise völlig abgeschlossen war. In der Tat spricht das Rechtsgefühl für die Meinung des KG., mit welchem man einen Zustand der Möglichkeit ständiger Neuaufrollung erledigter Kostenfragen auf unangemessene Zeit hin, lediglich wegen inzwischen geänderter Rechtsanschauung, als unerträglich ablehnen muß; dabei erwäge man, daß solcher Wechsel der Rspr. nicht selten ist. Das KG. schafft damit eine Art von Treu und Glauben auch für das Gebiet des Prozeßrechts, also öffentlichen Rechts, auf einem beschränkten Ausschnitt desselben mit der Begründung, daß bei abgeschlossenem Verfahren die Notwendigkeit eines Beruhigungszustands und der Rechtssicherheit des Rechtsschutzes auch da bedarf, wo formelle Rechtskraft nicht in Mitte liegt. Dabei darf aber nicht außer acht bleiben, daß der Kostenanspruch — wenn auch prozeß-, also öffentlich-rechtlich geregelt — doch privatrechtlicher Natur ist (Stein-Jonas, ZPO., vor § 91 II 2 Fußn. 14 u. dort zit.), auch derjenige gegen den Fiskus, da er auf dem Dienstvergütungsanspruch des Anwalts gegen seine Partei sich aufbaut.

JR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

treten, daß das Notfristattest sich als Ausfertigung i. S. des § 72 Nr. 1a GKG. darstelle und daß demgemäß zufolge der angeführten Gesetzesbestimmung Postgebühren für die übersendung des Notfristattestes zu erheben seien. Diesen Standpunkt vermag jedoch der Senat nach erneuter Prüfung der Rechtslage nicht mehr aufrechtzuerhalten. Er schließt sich vielmehr der Rechtsansicht RG. 131, 151 = JW. 1931, 1094 an, daß ein Notfristattest keine Ausfertigung i. S. des § 72 Nr. 1a GKG. bildet. Die durch die übersendung entstehenden Portoauslagen sind mithin durch die Prozeßgebühr mit abgegolten und dürfen der Partei nicht als zu erstattender Auslagenbetrag in Rechnung gesetzt werden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. Okt. 1931, 20 Wa 282/31.)

Mitgeteilt von LGR. Gaedeke, Berlin.

*

21. § 519 ZPO. Hat das Berufungsgericht außer der Prozeßgebühr Postgebühren vom Berufungskläger erfordert, so wird die Berufung durch Unterlassung der Zahlung der Postgebühren nicht unzulässig.

Vom BerKl. ist im Schreiben an seinen Anwalt eine Prozeßgebühr von 75,46 RM, in dem an ihn persönlich gerichteten Schreiben von 75 RM nebst 0,46 RM Auslagen für Postgebühren erfordert worden, während er nur 75 RM gezahlt und nur deren Zahlung nachgewiesen hat. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob, wie der Bekl. meint, die Einforderung der Postgebühr von 0,46 RM nach § 72 Ziff. 1 DGKG. überhaupt unzulässig war, denn jedenfalls geht es nicht an, die Vorschrift der §§ 519 Abs. 6, 519b, die die Zulässigkeit der Berufung vom Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr abhängig macht und daher eine scharfe Beschränkung des Rechtsschutzes enthält, ausdehnend dahin auszulegen, daß unter Prozeßgebühr i. S. dieser Vorschriften nicht nur die im GKG. als Prozeßgebühr bezeichnete Gebühr, sondern weiterhin auch bare der Gerichtskasse zu erstattende Auslagen zu verstehen seien. Es geht auch nicht an, gem. § 367 BGB. von der Zahlung von 75 RM zunächst 0,46 RM auf die erforderte Prozeßgebühr zu verrechnen, so daß die Prozeßgebühr nur in Höhe von 74,54 RM getilgt und die Berufung dadurch unzulässig geworden wäre, da auch die Nichtzahlung des kleinsten Gebührenteils die Fristversäumnis begründen würde. Es muß vielmehr mit Rücksicht auf die Höhe des gezahlten Betrages als die offenbare Bestimmung des Bekl. angesehen werden, daß seine Zahlung auf die Prozeßgebühr verrechnet werde. Zu demselben Ergebnis würde eine entsprechende Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB. führen, da die Verpflichtung zur Zahlung der Prozeßgebühr mit Rücksicht auf die bei nicht rechtzeitiger Zahlung eintretenden Folgen für den Bekl. die lästigere Schuld darstellt. Der Bekl. hat daher den Nachweis der Zahlung der erforderten Prozeßgebühr geführt, dieser Nachweis ist fristgemäß geführt, und die Berufung des Bekl. ist somit zulässig.

(KG., 17. ZivSen., Urt. v. 26. Jan. 1931, 17 U 13104/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dahmann, Berlin.

*

Breslau.

22. §§ 90, 71—73 GKG. Zustellungskosten sind regelmäßig keine baren Auslagen.

Die BeschwF. wäre zur Zahlung der Kosten nur verpflichtet, wenn sie eine Auslage i. S. des GKG. darstellten. Was unter diesen Auslagen zu verstehen ist, ergibt sich aus den §§ 71—73 GKG. Für die von Amts wegen bewirkten Zustellungen werden nach § 73 GKG. unbeschadet der Vorschr. des § 72 Nr. 1b nur diejenigen baren Auslagen erhoben, welche durch die Zustellung im Auslande oder bei der öffentl. Zustellung durch Bekanntmachung in öffentlichen Blättern entstehen. Nach § 72 Ziff. 1 GKG. werden ferner an baren Auslagen erhoben Postgebühren für die übersendung der auf Antrag erteilten Ausfertigungen und Abschriften. Im vorliegenden Falle kommt weder eine Zustellung im Auslande, noch öffentliche Zustellung in Frage. Es handelt sich aber auch nicht etwa um eine Gebühr für die übersendung einer auf Antrag erteilten Ausfertigung oder Abschrift. Diese Ausfertigungen und Abschriften, für die auch Schreibgebühren erhoben werden (§ 71 GKG.), sind nur solche, „die nicht von Amts wegen, sondern nur auf besonderen, gerade auf ihre Erteilung gerichteten Antrag erteilt werden" (vgl. Rittmann-Wenz, Anm. 2a zu § 71 GKG.). Die hier erteilte Ausfertigung des Beschlusses v. 7. Mai 1931 ist gem. § 329 Abs. 3 ZPO. von Amts wegen zugestellt worden. Die Zustellungskosten waren daher im vorliegenden Falle nicht als bare Auslagen zu erheben, sondern sind durch die Gebühren abgegolten.

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 21. Sept. 1931, 17 W 1471/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Warschauer, Breslau.

*

23. § 96 ZPO. Ist der Wert des Hilfsantrages erheblich höher als der Wert des Hauptantrages und wird nach dem Hauptantrag erkannt, dann sind die durch den Hilfsantrag entstandenen Mehrkosten dem Kläger aufzuerlegen.

(OLG. Breslau, Entsch. v. 9. Mai 1931, 3 U 2844/30.)

Mitgeteilt von Ref. Dr. Albert Marck, Breslau.

*

24. §§ 771, 93 ZPO. Kostenlast im Interventionsprozesse. †)

Nach § 93 ZPO. fallen dem Kl. die Prozeßkosten zur Last, wenn der Bekl. zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben hat und den Klageanspruch sofort anerkennt. Beide Voraussetzungen liegen nicht vor. Es ist zwar in Rspr. und Wissenschaft allgemein anerkannt, daß der zur Freigabe gepfändeter Sachen aufgeforderte Gläubiger diesem Verlangen nicht nachzukommen braucht, wenn das die Zwangsvollstreckung hindernde Recht des Auffordernden nicht ausreichend glaubhaft gemacht ist, und daß er, wenn er die Freigabe in diesem Falle verweigert, zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat. Es ist weiterhin von dem entscheidenden Senat wiederholt angenommen worden, daß der Bekl. auch nach Erhebung der Klage den Freigabeanspruch, auch ohne die Auferlegung der Kosten befürchten zu müssen, bestreiten kann, solange das bessere Recht des Kl. nicht derart dargetan ist, daß dem Bekl. unter Abwägung aller Umstände vom Standpunkte eines verständigen Menschen die Aufgabe seines Pfandrechtes zugemutet werden kann (vgl. Beschl. v. 24. März 1930, 17 W 23/30 und v. 15. Mai 1930, 17 U 283/29 und 17 U 301/29). Von diesem Gesichtspunkte aus kann sogar ein Anerkenntnis nach erfolgter Beweisaufnahme noch als ein „sofortiges" i. S. des § 93 ZPO. angesehen werden.

Auf der anderen Seite aber darf dieser Grundsatz nicht überspannt werden. Es kann insbes. dem Bekl. das Risiko der von ihm für gut befundenen Prozeßführung nicht in einem Umfange abgenommen werden, der allen sonstigen im Prozeßrecht geltenden Regeln widerspricht. Nachdem die Kl. den Sicherungsübereignungsvertrag v. 20. Sept. 1929 und eine eidesstattliche Versicherung der Schuldnerin vorgelegt hatte, mußte die Bekl. schon die ernstliche Erwägung anstellen, ob sie sich zur Freigabe der Sachen vor Erhebung der Klage entschließen wollte. Die von der Kl. vorgenommene Glaubhaftmachung reicht für den Regelfall aus, um einen verständigen Menschen zum Zwecke der Vermeidung eines unnötigen und in seinem Ausgange unsicheren Rechtsstreits zur Anerkennung des Anspruches zu veranlassen. Selbst wenn man aber der Bekl. das Recht zugestehen wollte, durch Beweisaufnahme die Identität der gepfändeten mit den übereigneten Sachen zur Klärung zu bringen, ehe sie sich zur Freigabe verstand, so kann doch keinesfalls so weit gegangen werden, daß nach Klärung der Identitätsfrage die Bekl. die Anerkennung des Klageanspruches von dem Nachweise des Fortbestandes der Sicherungsübereignung abhängig machen durfte. Wenn schließlich die Bekl. nach Einsicht in die zu diesem Zwecke von der Kl. vorgelegten Kontoauszüge diese in

---

Zu 24. I. „Veranlassung" zur Interventionsklage gibt der Bekl. nur, wenn er trotz genügender Glaubhaftmachung (Gl.) nicht freigibt. Wann eine Gl. genügt, ist sehr streitig. Als herrschend kann man die Meinung bezeichnen, der Bekl. habe Anspruch auf begl. Abschriften der einschlägigen Urkunden; das Angebot, sie im Büro des Kl. vorzulegen, genüge nicht (OLG. Breslau: JW. 1930, 3344); die eidesstattl. Versicherungen des Schuldners, seiner Ehefrau oder des Intervenienten reichten nicht aus, vor allem, wenn sie durch weitere Belege nicht unterstützt würden (KG.: KGBl. 1929, 107; Baumbach, ZPO., § 93 Anm. 1C; Stein-Jonas, § 771 Anm. V u. Note 95; a. M. OLG. Dresden: JW. 1930, 566). Geschieht solche Gl., so muß allerdings der Bekl., wenn er weitere Aufklärung wünscht, dies erklären. „Ebensowenig wie der Intervenient Rätsel aufgeben darf, darf der Bekl. sich in Schweigen hüllen" (KG.: KGBl. 1930, 101). Der gerichtliche Einstellungsbeschluß allein ist kein Ersatz der Gl. (OLG. Breslau a. a. O.).

Anders noch immer der 27. Sen. des KG., der dem Bekl. überhaupt keinen Anspruch auf Gl. gibt, sondern nur dem Gericht, bei dem der Einstellungsantrag eingebracht wird (KG.: JW. 1930, 570). Wenn das KG. andererseits dem Intervenienten eine u. U. sogar über die Gl. hinausgehende Darlegungspflicht auferlegt, derart, daß er „alle Mittel erschöpfen muß, um seinen Anspruch dem pfändenden Gläubiger gegenüber ohne Erhebung der Widerspruchsklage durchzusetzen", so bleibt verborgen, wann der Bekl. mit Recht sagen darf, der Kl. habe diese Verpflichtung nicht erfüllt; worin also der Unterschied zur Gl. liegt. — Unser Urteil folgt der herrschenden Meinung.

II. Es folgt ihr nicht in der grundsätzlichen Erwägung, daß ein „sofortiges Anerkenntnis" auch noch nach Beweisaufnahme vorhanden sein könne. Die h. M. verneint das, m. E. zu Unrecht und mit nicht einleuchtenden Gründen. Besonders das KG. ist unnachgiebig. Man operiert damit, der Bekl. sehe sich nach Klagerhebung einer „neuen Situation" gegenüber, die ihn zur Entsch. zwinge, ob er nun freigeben wolle oder nicht (KG.: KGBl. 1930, 20; ebenso OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1259). Gewiß ist die Rechtshängigkeit eine neue Situation. Aber was sagt das aus für das nicht doktrinär, sondern wirtschaftlich und praktisch zu erfassende Problem? Die „neue Situation" ist nicht geschaffen durch irgendwelche sich aus dem Recht notwendig lösenden Triebkräfte, sondern durch den einseitigen Willensakt der klagenden Partei, die es nicht hat abwarten können; sie bleibt ein unbeachtlicher

mehreren Punkten bemängelt und hierüber Aufklärung durch Beibringung einer spezifizierten Aufstellung des streitigen Postens begehrt, so tut sie das zweifellos auf eigene Gefahr, ebenso wie ihre Absicht, nach Schaffung völliger Klarheit den Sicherungsübereignungsvertrag möglicherweise wegen Gläubigerbenachteiligung anzufechten, nicht zu einer Verzögerung der Freigabe führen durfte. Die Bekl. verlangt, bevor sie den Klageanspruch anerkennt, an Stelle einer Glaubhaftmachung nicht nur den vollen prozeßmäßigen Nachweis des Eigentums der Kl., sondern auch die Ausräumung aller möglichen Einwendungen und Bedenken, die sie gegen das Vorbringen der Kl. erhebt und vielleicht erheben durfte. Sie will damit das gesamte Prozeßrisiko der Kl. aufbürden. Das ist unzulässig.

Es kann daher auf sich beruhen, ob die vor Erhebung der Klage erfolgte Glaubhaftmachung ausreichte und ob daher die Bekl. zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Die Kostenlast trifft sie nach § 93 ZPO., weil sie den Klageanspruch im Laufe des Rechtsstreits, nachdem er ihr durch Beweisaufnahme und Vorlegung von Urkunden in einem die Erfordernisse einer bloßen Glaubhaftmachung weit übersteigenden Umfange als berechtigt dargetan worden war, nicht „sofort" anerkannt hat.

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 21. Sept. 1931, 17 W 2916/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Warschauer, Breslau.

*

Schritt der Übereilung, der, weil mit Selbstzweck nicht ausgestattet, keine grundsätzliche Rechtsänderung bewirken kann. Wichtig ist einzig: empfiehlt sich wirtschaftlich und rechtspolitisch, dem Bekl. das Recht zuzugestehen, mit der Freigabe auf ein ungenügend glaubhaft gemachtes Verlangen hin bis nach der Beweisaufnahme warten zu dürfen? Das beängstigende Überhandnehmen der durch Sicherungsübereignungen u. dgl. verursachten Interventionsprozesse zwingt, das zu bejahen. Für das Rechtsempfinden des Volkes bedeutet es geradezu eine unerträgliche Vorschubleistung des Intervenienten, dem Bekl. die sofortige Entsch. auch dann aufzubürden, wenn es ersterem gefallen hatte, seine Klage ohne ausreichende Gl. zu erheben. Dieselben Gründe, die für die Notwendigkeit der Gl. selbst sprechen, sind auch hier maßgebend. Wer daher anerkennt, daß § 771 die „Hauptwaffe aller faulen Schuldner" sei (Baumbach § 93 Anm. 1 C), muß auch jenen zweiten Schritt tun (bejahend OLG. Breslau: JW. 1930, 3344; 1931, 2379; LG. II Berlin: BerlAnwBl. 1929, 129 mit Anm. Wrzeszinski; LG. III Berlin: KGBl. 1929, 110; verneinend KG.: KGBl. 1926, 50; 1930, 20; OLG. Breslau: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1257; OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1259; OLG. Dresden: JW. 1930, 573; Baumbach § 93 Anm. 3 B; Stein-Jonas § 93 Note 12a).

Auch was Baumbach (a. a. O.) anführt, ist nicht durchgreifend. Die Gegenmeinung ändere, wie er sagt, das Gesetz ab, statt es anzuwenden. Im Gesetz ist der Begriff „sofortiges Anerkenntnis" nicht definiert. Weiter meint er, was § 771 recht sei, sei anderen Klagen billig. Die Widerspruchsklage hat die Eigenart, ein Rechtsbehelf gegen eine zunächst statthafte Zwangsvollstreckung zu sein (KG.: KGBl. 1926, 50).

Gar nicht weiterzukommen ist mit der vom KG. (KGBl. 1926, 50; JW. 1930, 570) vertretenen Auffassung, nur dann könne von einem sofortigen Anerkenntnis nach Beweisaufnahme gesprochen werden, wenn die Klage anfangs unschlüssig gewesen und erst später schlüssig geworden sei. Setzt diese Auffassung sich durch und findet Eingang in Jedermanns Schatzkästlein des deutschen Rechts, so ist die raffinierte Ausnutzung der Mängel unseres Prozeßrechts um einen gefährlichen „Kniff" bereichert. Eine Klage schlüssig zu machen, ohne die Tatsachen glaubhaft machen zu müssen, ist für den gewitzten Interventionskläger ein leichtes. Die Prozeßlüge wird zur Rechtmäßigkeit erhoben.

III. Dennoch muß dem Recht des Bekl., mit dem Anerkenntnis zu warten, eine Grenze gezogen werden. In unserem Falle hat er sie überschritten. Das Risiko, das jeder Prozeß enthält, darf der Bekl. nicht völlig auf den Kl. abwälzen. In einem gewissen Stadium des Rechtsstreits muß er sich entscheiden, ob er freigibt. Anderenfalls wird aus der Pflicht des Kl., sein Recht vor Klagerhebung glaubhaft zu machen, die Pflicht, es zu beweisen. Insbes. dann, wenn, wie hier, der Bekl. nach Beweisaufnahme nochmals streitig verhandelt, muß er der Rechte aus § 93 verlustiggehen.

IV. Überhaupt nicht in Einklang zu bringen mit § 93 ist m. E. die Ankündigung des Bekl., den Vertrag anzufechten. Leider hebt das das Urteil nicht scharf genug hervor, obwohl derselbe Senat in JW. 1931, 2379 es ausgesprochen hatte. Wer von vornherein Scheinvertrag behauptet, Anfechtung erklärt oder ankündigt oder sich auf § 419 beruft, gibt zu erkennen, daß er die Freigabe nicht wegen mangelnder Gl. ablehnt, sondern, unabhängig hiervon, die Klage abgewiesen wissen will. Diese Einwendungen schließen den Protest gegen die Kostenlast wegen mangelnder Gl. begrifflich aus. Schon deshalb ist unser Urteil im Ergebnis richtig.

RA. Dr. Otto Carstens, Cottbus.

Düsseldorf.

25. § 91 ZPO. Bei Kündigung des die Vertretung in einem bürgerlichen Rechtsstreit betreffenden Anwaltsvertrags seitens der Partei gegenüber ihrem wegen Untreue strafgerichtlich verurteilten Prozeßbevollmächtigten und Beauftragung eines anderen Rechtsanwalts an des ersteren Stelle liegt notwendiger Anwaltswechsel vor, der die Erstattungspflicht hinsichtlich der Kosten beider Anwälte durch die unterliegende Gegenpartei begründet, auch wenn das Strafurteil später aufgehoben und ersterer Anwalt rechtskräftig dadurch freigesprochen wurde. †)

Die Kl. wurde vor dem LG. zunächst von dem RA. X. in Düsseldorf vertreten. Am 18. Febr. bestellten sich an Stelle des RA. X. für die Kl. die RA. Y. und Z. als Prozeßbevollmächtigte. Die Kl. hatte dem RA. X. das Mandat entzogen, weil RA. X. durch das SchöffG. wegen Untreue zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt worden war.

Die Kl. verlangt von dem erstattungspflichtigen Bekl. die Erstattung der Prozeß- und Verhandlungsgebühr für beide erstinstanzlichen nacheinander tätig gewordenen Anwälte. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle hat im Kostenfestsetzungsbeschluß dem Begehren der Kl. stattgegeben mit der Maßgabe, daß die Kl. an die Bekl. ihre Ersatzansprüche gegen RA. X. aus der notwendig gewordenen Kündigung abzutreten hat. Erinnerung und Beschwerde sind zurückgewiesen worden.

Dem LG. ist darin beizupflichten, daß der Kl. nicht zugemutet werden

Zu 25. 1. Die Entsch. behandelt einen, soweit ich sehe, bisher nicht behandelten Fall der Erstattungsfähigkeit der Kosten mehrerer RA. (§ 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.), schließt sich aber hierbei an die für ähnliche Fälle schon früher in Rspr. und Rechtslehre entwickelten Rechtsgrundsätze der Auslegung des § 91 an. Die Frage ist: Mußte ein Wechsel in der Person des Anwalts erfolgen, da § 91 Abs. 2 Satz 2 solches Müssen zur Voraussetzung der Erstattungsfähigkeit der Kosten mehrerer Anwälte macht. Der Zwang, die Notwendigkeit im Sinne dieser Bestimmung und derjenigen des § 91 Abs. 1 sind keine absoluten, sondern relative Begriffe; d. h. es muß je nach den Umständen des Falls unter Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit im prozessualen Rechtsverkehr die Notwendigkeit beurteilt werden, und zwar nach freiem früher richterlichem, jetzt urkundsbeamtlichen der richterlichen Nachprüfung unterliegenden Ermessen (RG. 15, 394, 402; RG.: JW. 1888, 305 u. 1899, 532; BayObLG. 15, 650; Stein-Jonas, ZPO., § 91 VII u. IX 5; Baumbach, ZPO., § 91 Anm. 3; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (11) S. 113; Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebO. (8), § 42, 43 Anm. 23; OLG. Augsburg: BayZ. 13, 342 u. a.). Die Notwendigkeit des Anwaltswechsels ist also unter dem Gesichtspunkt des in § 91 Abs. 1 allgemein aufgestellten Begriffs der Notwendigkeit der Kosten überhaupt zu prüfen, nämlich dahin, ob zweckentsprechende Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung die Kosten verursachende Handlung erheischte; denn Abs. 2 Satz 2 bildet nur einen besonders hervorgehobenen Anwendungsfall der Regel des § 91 Abs. 1. Da diese Auslegung zum Teil auf RG. 15, 394 zurückgeht, seien aus dieser Entsch. die maßgebenden Sätze wiedergegeben:

„Der Ausdruck ‚mußte' ist einerseits nicht imperativ, also nicht von einer absoluten Notwendigkeit des Wechsels in der Person des Prozeßbevollmächtigten zu verstehen, andererseits nicht dahin auszulegen, daß jede Kündigung des Mandats von seiten der Partei oder des Anwalts die Kostenerstattungspflicht des Gegners für die sukzessive Bestellung mehrerer Rechtsanwälte begründe. Auch gibt weder das Gesetz selbst, noch geben dessen Motive einen genügenden Anhaltspunkt zu einer grundsätzlichen Beurteilung der Notwendigkeit jenes Wechsels oder zur Aufstellung gewisser Präsumtionen für den Fall der Kündigung der Partei oder des Anwalts. Vielmehr ist die Frage im Hinblick auf den Gesamtinhalt des § 87 a. a. O. — jetzt § 91 — in jedem einzelnen Falle nach den Umständen durch freies richterliches Ermessen zu entscheiden."

Der oben behandelte Fall ähnelt insofern dem vom OLG. Augsburg (BayZ. 13, 342) entschiedenen Fall, als auch dort vom Gericht anerkannt wurde, daß begründeter Mangel an Vertrauen zum bisherigen Anwalt die Bestellung eines anderen mit der Folge der Erstattungspflicht des unterlegenen Gegners hinsichtlich der Mehrkosten rechtfertige (der erste Anwalt hatte trotz Aufforderungen eine erlassene EinstwVerf. nicht vollzogen). Auch im gegebenen Fall lag bei dem maßgebenden Zeitpunkt der Kündigung des bisherigen und Bestellung des zweiten Anwalts (Jonas-Stein a. a. O. § 91 VII; LG. Göttingen: JW. 1930, 1528: rückwärts auf die Zeit der Handlung gerichtete Betrachtung ist bei Kostenfestsetzung vorzunehmen!) begründeter Vertrauensmangel der Partei vor; den Gründen des Beschl. trete ich durchaus bei; der vom OLG. Düsseldorf gebilligte Beschl. des LG. Düsseldorf hob außerdem zur Begründung noch hervor, daß ein schwieriger

konnte, den mit einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten wegen Untreue bestraften RA. weiterhin als ihren Prozeßbevollmächtigten auftreten zu lassen. In dem Rechtsstreit handelte es sich um Vermögenswerte von weit über 400 000 *RM*. Die Sach- und Rechtslage war schwierig. Zu ihrer Bearbeitung war die Arbeitskraft eines RA. erforderlich, der nicht durch Ereignisse in seiner eigenen Person an einer vollen Entwicklung seiner Tätigkeit behindert war. Eine besondere Berechtigung hatte die Kl. zu dem Anwaltswechsel auch deshalb, weil die Bestrafung des RA. X. am 17. Jan. erfolgt war, und die entscheidende mündliche Verhandlung am 20. Febr. anstand. War der Kl. die Beibehaltung des RA. X. als Prozeßbevollmächtigten aber nicht zuzumuten, so mußte der Anwaltswechsel eintreten. Er war damit i. S. des § 91 ZPO. notwendig. Die notwendigen Kosten sind von dem erstattungspflichtigen Gegner zu ersetzen.

Die Kl. braucht mit ihrem Erstattungsbegehren nicht so lange zu warten, bis ein Streit über die Ersatzansprüche zwischen ihr und RA. X. ausgetragen ist. Die Kl. braucht als obsiegende Partei diesen Streit nicht auszutragen. Ihn auszutragen, ist vielmehr Sache des unterliegenden Gegners, dem die Kl. zu diesem Zwecke ihre Ersatzansprüche gegen RA. X. abzutreten hat.

Bei dem nur vorsorglich von dem Bekl. behaupteten Verzicht auf Ersatzansprüche und dem Bestreiten der Kl., einen solchen Verzicht erklärt zu haben, sowie den Umständen des Falles ist nicht anzunehmen, daß die Kl. auf ihre Ersatzansprüche verzichtet hat. Ganz abgesehen davon, erscheint es auch zweifelhaft, ob ein solcher Verzicht die Erstattungsansprüche der Kl. rechtswirksam ausräumen könnte.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 5. Sept. 1931, 6 W 100/31.)

*

Kiel.

26. §§ 18, 9 GKG. **Die auf den Lauf des Verfahrens beschränkte Abänderungsbefugnis des Gerichts gilt nicht nur für das Gericht höherer Instanz, sondern auch für das Gericht, das die Entscheidung getroffen hat.**

Über die Auslegung des § 18 GKG. herrscht in Rspr. und im Schrifttum seit langem Streit. Eine Zusammenstellung der Ansichten findet sich im Beschl. des KG. v. 28. Jan. 1931: JW. 1931, 1203 [2]. Die Abänderungsbefugnis des Gerichts ist „auf den Lauf des Verfahrens" beschränkt. Diese Beschränkung gilt nicht nur für das Gericht höherer Instanz, sondern auch für das Gericht, das die Entscheidung getroffen hat. Für diese Auslegung spricht sowohl der Wortlaut des Ges. als auch die Entstehungsgeschichte. Letzteres hat bereits RG. (VerZivSen.) 44, 403 eingehend ausgeführt. Hinzukommt, daß diese Auslegung dem Zweck und Sinn des Ges. entspricht. Die Abänderungsbefugnis soll auf eine best. Zeit beschränkt werden, weil ein unbeschränktes Recht, den Streitwert (StW.) zu ändern, zu großen Unzuträglichkeiten führen müßte.

Allerdings können sich solche Mißstände auch daraus ergeben, daß das Gericht auf eine Beschwerde hin den StW. noch nach langer Zeit ändern kann, zumal wenn man mit der herrschenden Auffassung (dagegen aber OLG. Celle: ZZP. 53, 173) die Beschwerde für zeitlich unbeschränkt zulässig hält. Das nötigt indessen nicht dazu, dem Gericht die unbeschränkte Abänderungsbefugnis auch für den Fall einzuräumen, daß keine Beschwerde eingelegt ist. Denn dadurch würden die Unzuträglichkeiten noch vermehrt werden. Wenn **Friedlaender**: JW. 1926, 860 [12] Anm. B für die von ihm vertretene Gegenauffassung den Sonderfall des § 9 Abs. 2 GKG. verwerten will, so kann ihm der Senat darin nicht folgen. Die Entsch., die in den Fällen des § 9 Abs. 2 GKG. nachträglich notwendig werden kann, ist keine **Abänderungs**entscheidung. Vor allem bleibt aber im Fall des § 9 Abs. 2 GKG. der StW. tatsächlich nicht der gleiche und muß deshalb neu festgesetzt werden. In den übrigen Fällen ist der wirkliche StW. an sich aber stets der gleiche und ein Abänderungsbeschluß soll nur ergehen, wenn der StW. zunächst nicht zutreffend berechnet sein soll. In solchen Fällen kann die Befugnis, den Beschl. von Amts wegen abzuändern, nicht zeitlich unbeschränkt zugelassen werden.

Zu prüfen bleibt weiter, ob der Lauf des Verfahrens mit der Festsetzung der dem ArmAnw. aus der Staatskasse (StK.) zu gewährenden Gebühren und Auslagen als beendet anzusehen ist, falls kein Kostenfestsetzungsverfahren (KV.) stattgefunden hat. Das nimmt vor allem das OLG. Celle: JW. 1926, 859 [11] an. Dem folgt der Senat. Wollte man den Lauf des Verfahrens in den Fällen, in denen kein KV. stattfindet, über den genannten Zeitpunkt ins Ungemessene hinaus erstrecken, so würde das wieder auf eine zeitlich unbeschränkte Abänderungsbefugnis von Amts wegen hinauslaufen und würde der ArmAnw. damit rechnen müssen, daß er einen Teil der schon erhaltenen Gebühren der StK. nach Jahren zurückzahlen müßte. Das würde praktisch zur Folge haben, daß die Anwälte nur, um den Lauf des Verfahrens zu beenden, häufig ein KV. nach §§ 103 ff. ZPO. beantragen würden, obschon der Gegner auch freiwillig die Kosten erstatten würde und an sich ein Kostenfestsetzungsbeschl. nicht nötig wäre. Im vorliegenden Fall, in dem die Kosten im Vergleich gegeneinander aufgehoben sind, Ansprüche auf Erstattung der Prozeßkosten also nicht bestehen, wäre aber für ein KV. überhaupt kein Raum. Mindestens in solchen Fällen muß der Lauf des Verfahrens mit der Festsetzung der dem ArmAnw. aus der StK. zu gewährenden Gebühren und Auslagen als beendet gelten.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 3. Juni 1931, 4 W 147/31.)

Mitgeteilt von LGR. **Schumacher**, Altona.

*

27. § 165 Abs. 3 GVG.; Art. 92 EGBGB.; Art. 11 AGBGB. **Kostenvorschüsse sind dem Zeugen portofrei zu übersenden.**

Eine gesetzliche Vorschrift, nach welcher der Zeuge verpflichtet ist, sich die Übersendungskosten für den Vorschuß auf seine Zeugengebühren anrechnen zu lassen, besteht nicht. Nach Art. 92 EGBGB. bleiben zwar die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind, unberührt, und Art. 11 AGBGB. bestimmt, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, an der Kasse in Empfang zu nehmen sind. Es ist auch richtig, daß Sondervorschriften hier fehlen. Aus den genannten Bestimmungen, die wie alle Gesetze sinngemäß auszulegen sind, läßt sich aber nicht herleiten, daß ein auswärts wohnender Zeuge, der sich gerade deshalb Vorschuß zahlen läßt, weil er nicht in der Lage ist, die Reise aus eigenen Mitteln zu bezahlen, verpflichtet sei, sich diesen Vorschuß an der Kasse abzuholen. Vielmehr muß ihm nach dem Zweck der Vorschußleistung der Vorschuß übersandt werden. Dann besteht aber auch kein Recht, ihn mit den Übersendungskosten zu belasten, denn dadurch würde er in seinen ihm zustehenden Gebühren verkürzt.

(OLG. Kiel, FerZivSen., Beschl. v. 25. Juli 1931, 2a EL 41/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. **Bovensiepen**, Kiel.

*

Königsberg.

28. § 11 GKG. **Bei Klage auf Herausgabe mehrerer Kinder ist das Recht, die Herausgabe zu verlangen, bezüglich jedes einzelnen Kindes besonders zu begründen und zu prüfen. Es handelt sich deshalb in der Klage um vier Einzelansprüche, die in einer Klage zusammengefaßt sind.**

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 5. März 1931, 7 W 237/31.)

Mitgeteilt von OLGR. **Sieloff**, Königsberg.

*

29. §§ 104, 78 II, 176 ZPO. **Die Beschlüsse im Festsetzungs- und Erinnerungsverfahren sind dem Kl. persönlich zuzustellen, wenn er die Festsetzung betreibt.**

Der Kl. hat persönlich in einer LGSache die Kostenfestsetzung beantragt und auch Erinnerung eingelegt. Der auf die Erinnerung ergangene Beschl. ist ihm auch persönlich zugestellt. Die von seinem ProzBev. eingelegte sofortige Beschw. ist nicht binnen zwei Wochen eingegangen. Gegen die Zulässigkeit der Zustellung an den Kl. selbst bestehen keine Bedenken. Im LGProz. unterliegt weder der Festsetzungsantrag noch die Erinnerung gegen den Festsetzungsbeschl. dem AnwZwange. Während früher aber die Befreiung von dem AnwZwange sich nach § 78 II ZPO. nur auf den Antr. und nicht auf das sich anschließende Verfahren, insbes. die Zustellung des Beschl. erstreckte, ist jetzt, da die Festsetzung dem UrkB. übertragen ist, das **ganze** Verfahren, einschließlich des Erinnerungsverfahrens, in dem nur die Entsch. des UrkB. nachgeprüft wird (§ 576 I a. a. O.), dem AnwZwange überhaupt entzogen.

Ebensowenig kann die Notwendigkeit der Zustellung des auf die Erinnerung ergangenen Beschl. an den ProzBev. des Kl. im

---

Sachverhalt vorlag, der nicht geringe Anforderungen an Konzentration und Arbeitskraft des RA. stellte, daß letzterer durch die kriminelle Verurteilung aber in Existenz und Ansehen im allgemeinen und bei dem Prozeßgericht im besonderen erschüttert war, und berechtigte Zweifel bestanden, ob seine Arbeits- und Nervenkraft neben dem Kampf um Sein oder Nichtsein noch zur nachdrücklichen Vertretung fremder Interessen ausreichten, daß es dabei darauf nicht ankäme, ob den RA. ein Verschulden traf, sich dem Verdacht der Untreue ausgesetzt zu haben.

2. Soweit der Beschl. sich mit der **Abtretung von Ersatzansprüchen der Partei gegen den früheren Anwalt** befaßt, folgt er einer gefestigten Rspr., die **Willenbücher** a. a. O. zitiert.

JR. Dr. **Geiershöfer**, Nürnberg.

Zu 29. Der Entsch. kann nicht beigetreten werden.

Nach § 176 ZPO. müssen Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreit geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Der Begriff „Instanz" ist in den Prozeßgesetzen ein verschiedener. Auch in den von ihr behandelten Vorschriften der ZPO. selbst ist ihr Sinn kein einheitlicher. In § 176 begreift die Instanz das gesamte Verfahren vor dem Gericht einer bestimmten Ordnung, das in Verhältnis zu setzen ist zu anderen hinsichtlich der Rechtsmittel über- oder untergeordneten Gerichten. Das Kostenfestsetzungsverfahren gehört gem. § 103 Abs. 2 ZPO. zur ersten Instanz. Das Verfahren hinsichtlich der Kosten bleibt in erster Instanz anhängig, auch wenn der Rechtsstreit in der Hauptsache durch Rechtsmittel in eine höhere Instanz gelangt ist. Infolgedessen hat nach § 176 ZPO. die Zustellung an den für die

vorliegenden Falle aus § 176 hergeleitet werden. Die Zustellung an den für die Inst. bestellten ProzBev. ist nur für Zustellungen vorgeschrieben, die in einem **anhängigen** Rechtsstreit geschehen sollen. Das ergangene Urt. ist schon seit mehr als einem Jahr rechtskräftig; ebenso ist schon längst der auf Antrag des ProzBev. des Kl. ergangene Festsetzungsbeschl. rechtskräftig. Das von dem Kl. selbst in Gang gesetzte Festsetzungsverfahren ist deshalb ein selbständiges Nachverfahren, auf das sich die ProzVollm. nicht ohne weiteres erstreckt (Stein-Jonas, I zu § 103 ZPO.). Im Gegenteil folgt aus dem persönlichen Vorgehen des Kl., daß er die Vollmacht seines ProzBev. für das jetzige Festsetzungsverfahren nicht gelten lassen will. Die hierin liegende Aufkündigung der Vollmacht ist durch die Erklärung gegenüber dem Gericht rechtswirksam geworden, da ein Anwaltszwang für das Erinnerungsverfahren nicht besteht (a. A. Stein-Jonas, Anm. 38 zu § 104 ZPO.).

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 27. März 1931, 7 W 313/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg i. Pr.

*

München.

30. §§ 93 ff. ZPO. **Ein Anerkenntnis nach durchgeführter Beweisaufnahme im Widerspruchsprozeß ist nicht ein „sofortiges". § 93 ZPO. ist in Widerspruchsprozessen nicht mehr anwendbar, nachdem der Bekl. es zu einer Beweisaufnahme über das die Veräußerung hindernde Recht des Kl. an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung hat kommen lassen.** †)

(OLG. München, 4. ZivSen., Beschl. v. 9. Okt. 1931, BeschwReg. IV 1280/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Oskar Gerstle, München.

Berlin. **IV. Rechtsanwaltsgebühren.**

31. §§ 9, 13 Ziff. 1, 14 Abs. 1 RAGebO. **Reicht ein als Armenanwalt beigeordneter RA die Klageschrift dem Gericht ein, teilt dann aber nach Terminsbestimmung und vor Zustellung der Klage mit, daß die Parteien sich ausgesöhnt haben, dann steht ihm ein Anspruch auf Erstattung der Prozeßgebühr zu $^{10}/_{10}$ zu. Die Anwendung des § 14 Abs. 1 wird dadurch ausgeschlossen, daß die Klage eingereicht worden ist. Der Anspruch auf die volle Gebühr ist nicht davon abhängig, daß die Klage zugestellt ist.**

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 9. Nov. 1931, 20 W 11237/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Kurt Heidenreich, Berlin.

Berlin. **IV. Zeugengebühren.**

32. Die Außerkraftsetzung des § 4 ZeugGebO. (Berechnung nach dem üblichen Preis) durch § 15 des 6. Teils der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931 des RPräs. trifft auch bereits verdiente Gebühren.

Der Sachverständige hat für das von ihm erstattete Gutachten für 20 Stunden Arbeitszeit zu je 8 *RM*, insgesamt 160 *RM*, zuzüglich Auslagen liquidiert. Das LG. hat die Sachverständigengebühren auf nur 120 *RM* (20 Stunden für je 6 *RM*) festgesetzt mit der Begründung, daß bei der veränderten allgemeinen Wirtschaftslage ein Stundensatz von 8 *RM* zur Zeit der Erstattung des Gutachtens nicht mehr als üblicher Preis angesehen werden konnte.

Der Senat konnte dahingestellt sein lassen, ob diese Begründung zutrifft. Denn auch verneinendenfalls ist die Beschwerde unbegründet. Durch die 3. NotVO. des RPräs. zur Sicherung der Wirtschaft und Finanzen v. 6. Okt. 1931 ist nämlich der § 4 ZeugGebO., auf den der Sachverständige seine Berechnung gründet, vorübergehend außer Kraft gesetzt worden. Teil VI § 15 bestimmt:

„§ 4 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige ist bis auf weiteres nicht mehr anzuwenden."

Damit entfällt die Möglichkeit, jetzt noch dem Sachverständigen auf Grund dieser Gesetzesbestimmung eine Gebühr zuzubilligen, und zwar gilt das auch für solche Gebühren, die an sich bereits vor dem Inkrafttreten des NotVO. durch vorher schon erstattete Gutachten verdient waren. Das ergibt sich einmal aus dem Sinn und Zweck der NotVO., die im übrigen für einzelne der daselbst vorgesehenen Bestimmungen besondere Termine festsetzt, zu denen sie erst in Kraft treten, während für die Bestimmung des § 15 ein solcher Termin nicht genannt ist. Dies ergibt sich weiter daraus, daß die Zubilligung auf Grund des § 4 ZeugGebO. erst jetzt in der Beschwerdeentsch. zu erfolgen hätte. Mangels Anwendbarkeit des § 4 daselbst fehlt es aber jetzt an einer gesetzlichen Grundlage dafür, bei Sachverständigengebühren die Berechnung nach einem üblichen Preis vorzunehmen.

Infolgedessen kann die Berechnung nur auf Grund des § 3 ZeugGebO. erfolgen. Dieser gestattet die Gebührenberechnung zu einem Stundenlohn von 6 *RM* bei besonders schwierigen Leistungen. Diesen Stundensatz hat auch das LG. zugrunde gelegt. Über den hinauszugehen ist nach der derzeitigen Rechtslage nicht möglich.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. Okt. 1931, 20 W 7678/31.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

Berlin. **b) Strafsachen.**

33. § 8 Abs. 1 Kap. I Teil 6 RPräsVO. v. 6. Okt. 1931. **Zur Einwirkung neuer Prozeßgesetze auf die Anfechtbarkeit von Strafurteilen.**

Nach § 8 Abs. 1 Kap. I 6. Teil der 3. VO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. 537, 565) hat die Einlegung der Ber. gegen ein Urt. des AG. in Privatklagesachen zur Folge, daß gegen das auf die Ber. ergangene Urt. des LG. die Rev. nicht mehr zusteht. Die Vorschr. der am 8. Okt. 1931 in Kraft getretenen VO. ist aber nur dahin zu verstehen, daß die Rev. nur gegen solche Urt. des LG. nicht mehr zulässig ist, die **nach Inkrafttreten der VO. erlassen werden**. Zwar beschränkt sich die VO. in ihrem mit „Schlußbestimmungen" überschriebenen 8. Teil in § 2 auf die Vorschr., daß sie, soweit nichts anderes bestimmt ist, mit dem auf ihre Verkündung folgenden Tage, also mit dem 8. Okt., in Kraft trete. Übergangsbest. enthält die VO. nicht. Gleichwohl ergibt sich die hier vertretene Rechtsauffassung über den zeitl. Geltungsbereich des § 8 aus allg. Rechtsgrundsätzen.

Bereits § 8 EGStPO. v. 1. Febr. 1877 enthält die Vorschr., daß in den bei Inkrafttreten der StPO. anhängigen Strafsachen vorbehaltlich anderweiter Übergangsbest. der Landesgesetz. für das weitere Verfahren die Vorschr. der StPO. maßgebend sind, daß aber, wenn vor Inkrafttreten der StPO. ein mit einem Rechtsmittel anfechtbares Urt. ergangen war, auf die Erledigung der Sache bis zur rechtskräftigen Entsch. die bisherigen ProzGes. anzuwenden seien. Bereits mit dieser Regelung, die auf einem allgemeingültigen Prozeßrechtssatz beruht (Gerland, Dt. StrPR., 1927, S. 32 ff.), hat der GesGeber die anderen Theorien des zeitl. Geltungsbereichs von ProzGes. abgelehnt, einerseits die Theorie der „Prozeßeinheit", nach der für die weitere Anwendung des alten Rechts der Zeitpunkt der Anklageerhebung insofern den Ausschlag gibt, als, wenn einmal die Anklage unter der Herrschaft des alten Prozeßrechts erhoben war, der ganze Prozeß nach altem Recht erledigt werden muß, andererseits die Theorie „der isolierten Prozeßhandlungen", nach welcher das neue Recht bei seinem Inkrafttreten ausnahmslos auf schwebende Verfahren zur Anwendung gelangt, wonach es also für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels darauf ankommt, ob es bereits vor oder erst nach Inkrafttreten der neuen Prozeßvorschr. eingelegt worden ist. Der GesGeber hat sich vielmehr (Birkmeyer, Dt. StrPR. S. 26), im Prinzip der richtigen Ansicht, nämlich der vermittelnden „Theorie der Prozeßabschnitte", angeschlossen (Wach, Hdb. d. Dt. ZPR. I S. 213), wonach für die Anfechtbarkeit von Urt. der Zeitpunkt des Urteilerlasses maßgebend ist. Dieser Auffassung ist der GesGeber auch in neuerer Zeit gefolgt. So enthält § 46 Abs. 3 VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Jan. 1924, die in § 33 bei Übertretungen und bei Privatklagen die Ber. in gew. Umfang durch die Rev. ersetzte, die Vorschr., daß auf die Anfechtung von Urt., die vor dem Inkrafttreten der VO. verkündet waren, die bisherigen Vorschr. anzuwenden waren (vgl. auch § 3 ÜberlVO. v. 18. März 1924 [RGBl. 284]). Die gleiche

---

erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen. Daß das ergangene Urteil schon längere Zeit rechtskräftig geworden ist, ist unerheblich. Ebenso unerheblich ist die Tatsache, daß ein auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten des Kl. ergangener Kostenfestsetzungsbeschluß rechtskräftig geworden ist. Aus dem Umstand, daß der Kl. persönlich einen Festsetzungsantrag eingereicht hat, ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß er die Vollmacht seines Prozeßbevollmächtigten für das jetzige Festsetzungsverfahren nicht gelten lassen will. Der Umstand allein, daß ein neuer Antrag von ihm persönlich eingereicht wird, kann nicht als ein Widerruf der Vollmacht gedeutet werden, solange nicht feststeht, daß der Prozeßbevollmächtigte von diesem Widerruf Kenntnis erlangt hat. Grundsätzlich bedarf auch der Widerruf einer „Erklärung" (vgl. §§ 168 Satz 3, 167 Abs. 1 BGB.). Daß im vorliegenden Falle die Partei die Vollmacht nicht widerrufen wollte, ergibt schon der Umstand, daß sie durch den Prozeßbevollmächtigten sofortige Beschwerde gegen den auf die Erinnerung ergangenen Beschluß einlegen ließ. Welche Gründe die Partei bewogen haben, die erneute Festsetzung persönlich zu beantragen, braucht nicht erörtert zu werden. Der Sinn des § 176 ZPO. ist der, daß das gesamte Verfahren, soweit nicht Spezialvollmachten erteilt sind, in der Hand des Prozeßbevollmächtigten bleiben soll. An diesem Grundsatz muß festgehalten werden. Das Gericht ist nicht berechtigt, von sich aus ein Erlöschen der Vollmacht festzustellen, wenn die Partei Anträge einreicht, die dem Anwaltszwang nicht unterliegen, ohne daß eine ausdrückliche Erklärung des Widerrufs der Vollmacht erfolgt ist.

RA. Dr. Carlebach, Berlin.

Zu 30. Der Beschl. entspricht der ständigen Rspr. des Senats. Vgl. auch DRZ. 1928 Rspr. S. 292 Nr. 644. D. S.

Rechtsauffassung ergibt sich aus den GesVorschlägen zum EinfG. zu einem ADStGB. mit seinen zahlreichen Änderungen strafprozessualer Vorschr. In Art. 191 Abs. 2 Entw. wird vorgeschlagen, daß die Frage, ob und wie eine Entsch. angefochten werden könne, und welches Gericht über das Rechtsmittel entscheide, sich nach bisherigem Rechte bestimmen soll, sofern die Entsch. vor dem Inkrafttreten dieses Ges. oder auf Grund einer nach bisherigem Recht zu Ende geführten Hauptverhandlung erlassen worden ist. Zur Begründung wird darauf verwiesen (S. 153/54), daß Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe diese Regelung forderten, um den Beschuldigten vor dem Verlust eines bisher zulässig gewesenen Rechtsmittels zu bewahren. Nach diesen Richtlinien hat der GesGeber auch für das Verfahren in bürgerl.-rechtl. Rechtsstreitigkeiten anläßlich der VO. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. 135), die zahlreiche Abänderungen der Rechtsmittelvorschr. brachte, in Art. VII Abs. 3 bestimmt, daß sich die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die vor Inkrafttreten der VO. verkündeten Entsch. nach bisherigem Recht richte.

Daraus ist als Prozeßrechtsgrundsatz jedenfalls der neueren Gesetzgebung nicht nur für das Zivilprozeßrecht, für das nur anläßlich der Nov. v. 17. Mai 1898 (RGBl. 256) bez. der Zulässigkeit von Rechtsmitteln die Theorie der isolierten Prozeßhandlungen vertreten wurde (RG.: JW. 1900, 146, 154, 169; aber zu Art. VII VO. v. 13. Febr. 1924 Stein-Jonas II S. 1097; RG. 110, 367), sondern auch für das Strafprozeßrecht (Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß II S. 153) zu entnehmen, daß — unabhängig von der Anwendbarkeit neuer ProzGes. auf anhängige Rechtssachen im übrigen — die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Urt. lediglich nach dem z. Z. der Urteilsverkündung geltenden Recht zu beurteilen ist. Diese Auffassung überwiegt auch im Schrifttum (Beling, StPR., 1928, S. 16 f.). Daraus folgt auch, daß, wenn ein vor Inkrafttreten des neuen Ges. erlassenes Urt. in höherer Instanz aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entsch. in die Vorinstanz zurückverwiesen wird, die Anfechtbarkeit des nunmehr unter neuem Prozeßrecht erlassenen Urt., wie dies § 9 EGStPO. festlegte, dem neuen ProzGes. unterliegt.

Die im Urt. des Sen. v. 12. Okt. 1931 (KG. 4 V 243/31) vertretene Auffassung, daß die Neuordnung des Verfahrensrechtes die bereits eingelegten Rechtsmittel in ihrem Bestande nicht berührt habe, wird somit dahin erweitert, daß die Neuordnung durch die VO. v. 6. Okt. 1931 auch die Anfechtbarkeit der vor dem Tage ihres Inkrafttretens erlassenen Urt. unberührt gelassen hat.

(KG., Urt. v. 22. Okt. 1931, 4 V 266/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Boehm, Berlin.

*

34. §§ 219, 336 StPO.

1. **Der Vorsitzende kann Beweisanträge gem. § 219 nur ablehnen, wenn er die Beweistatsache als für die Entsch. völlig unerheblich oder das Beweismittel als ungeeignet ansieht.**

2. **„Wahrunterstellung“ kommt bei unerheblichen Tatsachen überhaupt nicht in Betracht. Das Gericht kann sie nur bei an sich erheblichen Tatsachen ausnahmsweise für zulässig und angezeigt erachten. Der Vorsitzende kann eine Ablehnung gem. § 219 mit „Wahrunterstellung“ nicht begründen.**

3. **Auf einer in diesem Sinne gesetzwidrig ergangenen Vfg. des Vorsitzenden kann das Urt. beruhen, wenn der Angekl. in der Hauptverhandlung nicht darauf hingewiesen ist, daß entgegen jener Vfg. des Vorsitzenden das Gericht die Beweistatsache als unerheblich oder widerlegt ansehen werde.†)**

Das AG. hatte für erwiesen erachtet, daß der Angekl. den Nebenkl. und Zeugen X. durch die Worte „Nur Motorradfahrer können Sie anzeigen. Zu etwas anderem sind Sie zu dämlich. Dabei sind Sie selbst auf dem Bürgersteige gefahren!“ beleidigt habe. In der BerRechtfertigungsschrift hatte der Angekl. beantragt, A., B. und C. als Zeugen darüber zu vernehmen, daß X. selbst wiederholt mit dem Motorrade den Bürgersteig befahren habe. Der Vorsitzende des BG. hatte ihre Ladung durch eine dem Angekl. mitgeteilte Verf. „abgelehnt, weil das in ihr Zeugnis Gestellte als wahr unterstellt werden könne“. Daß der Angekl. in der Hauptverhandlung darauf hingewiesen worden wäre, das BG. könne entgegen der Zusicherung des Vors. den in das Wissen der drei Zeugen gestellten Beweissatz nicht als wahr unterstellen, ergibt das Sitzungsprotokoll nicht. In den Urteilsgründen hat das LG. — hierin von dem AG. abweichend — nicht festgestellt, daß der Angekl. auch geäußert habe: „Dabei sind Sie selbst auf dem Bürgersteige gefahren!“, dagegen in seinen Erörterungen über die Glaubwürdigkeit des X. ausgeführt, das fragl. Schutzvorbringen des Angekl. habe, nachdem X. zugegeben habe, mit dem Fahrrade — nicht mit dem Motorrade — den Fußsteig, und zwar zulässigerweise, befahren zu haben, auf die Glaubwürdigkeit oder Führung des X. keinen Einfluß. Der BeschwF. rügt, das BG. habe die von X. zu der vorgedachten Schutzbehauptung gemachte eidliche Aussage als richtig festgestellt, ohne die von ihm für das Gegenteil benannten Zeugen zu vernehmen, und dies, obwohl ihm zugesichert worden sei, das Gericht werde das in das Wissen der drei Zeugen gestellte tatsächliche Vorbringen des Angekl. als wahr unterstellen. Diese Rüge greift durch (§ 336 StPO.). Die Verf. des Vors. auf den Beweisantrag des Angekl. kann als eine gesetzlich zulässige, dem § 219 StPO. entsprechende Ablehnung von Beweisanträgen nicht angesehen werden. Eine solche kann naturgemäß nur ergehen, wenn der Vors. die zu beweisende Tatsache als für die Entsch. völlig unerheblich oder aber das Beweismittel als ungeeignet ansieht, und nur dahin kann auch eine eventuelle Begründung lauten. Eine „Wahrunterstellung“ kommt bei unerheblichen Tatsachen aber überhaupt nicht in Betracht. Sie kann nur bei an sich erheblichen Tatsachen aus-

Zu 34. 1. Der Senat geht zutreffend davon aus, daß der Vorsitzende nach § 219 StPO. einen Beweisantrag nur wegen völliger Unerheblichkeit des Beweisthemas und wegen Ungeeignetheit des Beweismittels ablehnen könne. Als weiterer Ablehnungsgrund kommt noch die Nichtangabe des Beweisthemas hinzu. Damit dürften die Ablehnungsgründe nach § 219 StPO. erschöpft sein (vgl. Löwe-Rosenberg zu § 219, 2d). Insbes. spricht der Senat dem Vorsitzenden die Befugnis ab, den Beweisantrag mit Wahrunterstellung abzulehnen. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Denn ob eine Tatsache als wahr zu unterstellen ist, läßt sich erst in der Hauptverhandlung bei Würdigung des Gesamtergebnisses übersehen. Daher kann die Entsch. darüber nur dem erk. Gericht vorbehalten bleiben, dem allein die Würdigung der Beweistatsachen zusteht (§ 261 StPO.). Auch Alsberg, Der Beweisantrag, S. 119 und das RGSt.: JW. 1928, 2253[53] heben hervor, daß die Wahrunterstellung einer Tatsache nur dem Gericht in der Hauptverhandlung zukomme.

2. Die Entsch. befaßt sich ferner mit der bekannten Frage, ob eine Tatsache, die das Gericht für unerheblich hält, als wahr unterstellt werden kann. Das KG. verneint die Frage und stimmt insoweit mit dem 2. Sen. des RG. überein, der zuerst sich dafür eingesetzt hat, daß die Wahrunterstellung von der Unerheblichkeitserklärung scharf abzugrenzen sei (vgl. RGSt. 61, 359; JW. 1930, 1068[16]). Daß das KG. der Auffassung des 2. Sen. gefolgt ist, ist um so beachtlicher, als dieser Standpunkt keineswegs von den übrigen Senaten des RG. geteilt wird (s. z. B. 1. Sen.: JW. 1930, 153[34]; 1931, 952[27]). Alsberg hat eingehend zu dieser Frage Stellung genommen. (S. seine Anm. in JW. 1930, 153[34], 1068[16], 3325[18]; 1931, 952[22].) Er hat, indem er die Ansicht des 1. Sen. bekämpft, insbes. nachgewiesen, daß es für den Angekl. ein bedeutender Unterschied sei, ob sein Beweisantrag wegen Unerheblichkeit der zu beweisenden Tatsachen abgelehnt oder ob diese Tatsachen als wahr unterstellt werden, da er hiernach sein weiteres Verhalten in der Hauptverhandlung einrichten könne (s. JW. 1930, 153[34]). Den Ausführungen Alsbergs ist voll und ganz zuzustimmen, und es wäre zu wünschen, daß auch die übrigen Senate des RG. sich der Auffassung des 2. Sen. anschließen.

3. Das KG. vertritt weiter den Standpunkt, daß, nachdem einmal der Bescheid des Vorsitzenden an den Angekl. ergangen war, sein Vorbringen werde als wahr unterstellt, das Gericht von sich aus den Angekl. darauf hinweisen mußte, daß es der Auffassung des Vorsitzenden nicht folge, um ihm Gelegenheit zu geben, seinen Beweisantrag zu wiederholen oder neue Beweisanträge zu stellen. Ist auch das Gericht der Hauptverhandlung nicht an den Bescheid des Vorsitzenden gebunden (vgl. Löwe-Rosenberg § 219 2d; Alsberg, Der Beweisantrag, S. 118, 119), so geht der Senat doch zutreffend davon aus, daß der Angekl. durch den Bescheid des Vorsitzenden in einen Irrtum versetzt worden sei, da er annehmen konnte, daß die Ansicht des Vorsitzenden sich mit der des Gerichts decke. Bei dieser Sachlage muß das Gericht nach der zutreffenden Ansicht des KG. den unverschuldeten Irrtum des Angekl. beseitigen. Unterläßt es dies, so unterliegt das Urteil der Aufhebung. Das KG. hat mit dieser Entsch. die gegenteilige Meinung des RG. abgelehnt, die Alsberg mit überzeugenden Gründen bekämpft hat (s. seine Anm. in JW. 1928, 2253[53]). Die hier bekämpfte Auffassung des RG. dürfte übrigens zu der Entsch. RGSt. 61, 376 im Widerspruch stehen. Hier wird die ähnlich liegende Frage erörtert, ob das Gericht gehalten ist, einen vor der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag des Angekl., dessen Bescheidung in der Hauptverhandlung dem Angekl. vom Vorsitzenden zugesagt war, von sich aus in der Hauptverhandlung zu bescheiden. Für diesen Fall spricht das RG. die dahingehende Verpflichtung des Gerichts aus mit der Erwägung, „daß der Bescheid des Vorsitzenden geeignet war, den Angekl. in einen Irrtum über die Verfahrenslage zu versetzen und in ihm den Glauben zu erwecken, er habe alles, was ihm vorliege, getan, und es werde keinesfalls eine ihm ungünstige Entsch. erlassen werden, ohne daß vorher sein an den Vorsitzenden gerichteter Antrag beachtet und über ihn entschieden werde“ (ebenso JW. 1930, 2564[32], 3773[34]).

RA. Theodor Klefisch, Köln.

nahmsweise von dem erk. Gericht für zulässig und angezeigt erachtet werden. Ob dieser Ausnahmefall eintreten wird, kann jedenfalls der Vors. allein vorher weder ermessen noch entscheiden. Erachtet er die Beweistatsache an sich für erheblich und nicht bereits für erwiesen, so kann er den Beweisantrag pflichtgemäß nur noch deshalb ablehnen, weil das Beweismittel ungeeignet oder mit Rücksicht auf andere, für die Tatsache bereits vorgesehene Beweismittel nicht mehr erforderlich erscheine. Der Bescheid des Vors. war aber auch irreführend, weil er den Angekl. dazu veranlassen mußte, von seinem Rechte aus § 220 Abs. 1 StPO. keinen Gebrauch zu machen. Wenn demnächst der Angekl. in der Hauptverhandlung nicht darauf hingewiesen wurde, daß das Gericht, anders als der Vors. es in Aussicht gestellt hatte, die von dem Angekl. unter Zeugenbeweis gestellte Schutzbehauptung nicht als wahr unterstelle, vielmehr im wesentlichen das Gegenteil als durch das Zeugnis des von dem Angekl. als unglaubwürdig bekämpften X. erwiesen ansehe, so mußte der hierüber nicht unterrichtete Angekl. nach dem Inhalte des Bescheides davon ausgehen, daß seine Schutzbehauptungen unerachtet der Angaben des X. als wahr unterstellt werden würden, und er mußte, nachdem er bereits von eigener Gestellung und Ladung von Zeugen abgehalten worden war, des weiteren auch noch dazu verleitet werden, von einer formulierten mündlichen Wiederholung seines Beweisantrages abzusehen. Da auf diesem VerfVerstoße die Wertung der Glaubwürdigkeit des Hauptbelastungszeugen X. und damit auch der Schuldausspruch beruht, war schon aus diesem Grunde die Aufhebung des Urt. des LG. geboten.

(KG., 2. StrSen., Urt. v. 17. Dez. 1930, 2 S 609 und 612/30.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Berlin.

*

35. § 473 Abs. 1 StPO. Der gesetzliche Vertreter haftet für die Kosten des von ihm selbständig eingelegten Rechtsmittels (§ 298 StPO.) nicht mit seinem eigenen Vermögen, sondern nur mit dem Vermögen des von ihm vertretenen Angekl. Die Beschränkung der Haftung gehört nicht in den Urteilssatz, sondern in die Gründe.

(KG., 2. StrSen., Urt. v. 14. Okt. 1931, 2 S 467/31.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Berlin.

*

Breslau.

36. § 314 StPO. Bei schriftlicher Berufungseinlegung ist es nicht notwendig, daß das Schriftstück durch den Beschwerdeführer selbst eigenhändig ausgefertigt und unterzeichnet wird. Der Beschwerdeführer kann sich eines Dritten als Schreibkraft bedienen.

In der schriftlichen Einlegung ist weder das Erfordernis der eigenhändigen Ausfertigung noch der persönlichen Leistung der Unterschrift enthalten (RGSt. 17, 256, 38, 283). Da die BeschwF. sich des Dritten nur als Schreibkraft und somit als Werkzeug bedient haben, steht die Frage der Vollmacht, die übrigens auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgewiesen werden kann, sofern sie nur zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels bestanden hat (RGSt. 21, 11; 46, 372), überhaupt nicht zur Erörterung.

(OLG. Breslau, 1. StrSen., Beschl. v. 9. Okt. 1931, 18 W 554/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Alfred Behrendt, Hirschberg.

*

Dresden.

37. §§ 345, 346, 403 StPO. Beginn der Frist des § 345 StPO. für denjenigen, der seinen Anschluß als Nebenkläger erst nach Verkündung des Berufungsurteils erklärt. Auch der noch nicht zugelassene Nebenkläger hat die rechtliche Stellung einer Prozeßpartei. Der über die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluß entscheidende Gerichtsbeschluß hat nur deklaratorische Wirkung.

Durch Urt. des LG. v. 25. April 1931 ist der Angekl. aus § 230 Abs. 2 StGB. freigesprochen worden.

Mit Schriftsatz seiner Vertreter v. 29. April 1931 hat der bis dahin noch nicht als Nebenkl. zugelassene Verletzte P. erklären lassen, daß er sich als Bußanspruchberechtigter (§ 403 StPO.) der öffentlichen Klage als Nebenkl. anschließe und beabsichtige, Rev. einzulegen. Auf diese Anschlußerklärung hin hat die StrK. durch Beschl. v. 2. Mai 1931 P. als Nebenkl. zugelassen, da er einen Bußanspruch habe. Am Tage des Erlasses dieses Beschlusses, mithin innerhalb der durch die UrtVerkündung auch ihm gegenüber wirksam in Lauf gesetzten Einlegungsfrist (§ 399 StPO.), hat der Nebenkl. P. mit Schriftsatz seines Vertreters Rev. gegen das Urt. v. 25. April 1931 eingelegt. Daraufhin ist den Vertretern des Nebenkl. am 16. Mai 1931 der Zulassungsbeschl. v. 2. Mai 1931 und das angefochtene Urt. zugestellt worden. Später, und zwar am 26. Mai 1931, ist das Urt. den Vertretern des Nebenkl. nochmals zugestellt worden, annehmbar, weil die Urkunde über die am 16. Mai 1931 bewirkte Zustellung damals gefehlt hat. Die RevAnträge des Nebenkl. und deren Begründung sind formgerecht am 27. Mai 1931 beim LG. angebracht und sodann die Akten an das RevG. eingesendet worden.

Nach der allseitig, insbes. auch im Schrifttum und vom beschließenden Sen. anerkannten Rspr. des RG. hat, wenn erst nach Erlaß eines Urt. der Anschluß als Nebenkl. erklärt und gleichzeitig ein Rechtsmittel gegen das Urt. eingelegt wird, über die Berechtigung zum Anschlusse als Nebenkl. nicht das Gericht zu entscheiden, gegen dessen Urt. das Rechtsmittel eingelegt ist, sondern das Gericht, das zur Entsch. über das Rechtsmittel zuständig ist (vgl. hierzu RG. Rspr. 4, 274; 5, 358; 10, 504; RGSt. 35, 25; 48, 235; 53, 214; BayObLG.: LZ. 1925, 379 Nr. 2). Ob der Fall anders zu beurteilen wäre, wenn, wie hier, zunächst nur der Anschluß erklärt und erst später noch rechtzeitig vom Nebenkl. Rev. eingelegt wird, ob also etwa in einem solchen Falle nicht das Gericht der höheren, sondern das Gericht der unteren Instanz zur Entsch. über die Berechtigung zum Anschlusse für zuständig zu erachten sein würde, kann dahingestellt bleiben, weil, wenn diese Frage zu bejahen wäre, im vorliegenden Falle die an ein und demselben Tage bewirkten Zustellungen des angefochtenen Urt. und des von der StrK. erlassenen Zulassungsbeschlusses dann unter allen Umständen die RevBegründungsfrist für den Nebenkl. in Lauf gesetzt hätten und seine erst am 27. Mai 1931 beim LG. eingegangene RevBegründung als verspätet angebracht zu gelten haben würde.

Zu entscheiden ist daher nur die Frage, ob die RevBegründung des Nebenkl. P. auch dann als verspätet angebracht zu gelten hat, wenn zur Entsch. über seine Berechtigung zum Anschlusse als Nebenkl. nicht die StrK., sondern das RevG. zuständig war. Der von der StrK. dann unzuständigerweise erlassene Zulassungsbeschl. v. 2. Mai 1931 würde in diesem Falle für das RevG. nicht bindend sein. Denn das RevG. hat die Beachtung der Bestimmungen über die Einlegung des Rechtsmittels, zu denen auch die Vorschriften über das Recht zur Einlegung des Rechtsmittels gehören, von Amts wegen zu prüfen. Da die Befugnis zum Anschlusse als Nebenkl. eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Rev. bildet, würde daher diese Befugnis durch den StrKBeschluß v. 4. Mai 1931 der Prüfungspflicht des RevG. nicht entzogen sein (RGSt. 35, 25 und 53, 214; Alsberg, OLGEntsch. StrProz. III, 180 Nr. 118). Die Frage, ob der Verletzte P. im vorliegenden Falle befugt war, sich der öffentlichen Klage als Nebenkl. anzuschließen, braucht indessen vom RevG. nicht nachgeprüft und entschieden zu werden, weil, auch wenn diese Frage zu bejahen ist, das Rechtsmittel nach der Ansicht des RevG. wegen verspäteter Anbringung der RevAnträge und ihrer Begründung unzulässig ist und aus diesem Grunde schon von der StrK. gem. § 346 Abs. 1 StPO. als unzulässig hätte verworfen werden müssen.

Das RG. vertritt allerdings in RGSt. 48, 235 die Auffassung, daß der noch nicht zugelassene Nebenkl. noch nicht die rechtliche Stellung einer Prozeßpartei habe und daß deshalb, so lange nicht im Falle eines Anschlusses erst nach Erlaß des Urt. der Zulassungsbeschluß der höheren Instanz dem Nebenkl. zugestellt sei, die etwa bereits vorher bewirkte Zustellung des Urt. nicht imstande sei, die RevBegründungsfrist gem. § 345 StPO. ihm gegenüber in Lauf zu setzen, daß vielmehr diese Frist erst mit der Zustellung eines rechtswirksamen Beschl. über die Zulassung zur Nebenklage beginne.

Diese Rechtsauffassung, die im vorl. Falle zur Folge haben würde, daß für den Nebenkl., da ihm ein rechtswirksamer Beschl. des hierzu allein zuständigen RevG. über seine Berechtigung zum Anschlusse als Nebenkl. bisher noch nicht zugestellt worden ist, die Frist zur Anbringung der RevAnträge und zu ihrer Begründung überhaupt noch nicht zu laufen begonnen hätte, vermag der beschließende Sen. nicht als richtig anzuerkennen. In RG. Rspr. 10, 504 hat anscheinend der 3. StrSen. des RG. die hiervon abweichende Ansicht vertreten, daß nämlich, wenn der Anschluß als Nebenkl. erst nach verkündetem Urt. erfolgt und die Rev. gem. § 399 StPO. rechtzeitig eingelegt ist, das InstanzGer. verpflichtet sei, dem Nebenkl. das Urt. mit Gründen gem. §§ 343 Abs. 2 i. Verb. m. 397, 385 StPO. zuzustellen, und daß bereits von diesem Tage der UrtZustellung, und nicht erst von dem Tage der Zustellung des vom RevG. zu fassenden Zulassungsbeschl. ab die Frist zur Anbringung der RevAnträge und ihrer Begründung zu laufen beginne.

Gegen die Richtigkeit der vom RG. in RGSt. 48, 235 vertretenen Rechtsauffassung hat sich bereits v. Beling in der ZStW. 36, 287 ff. gewendet. Es genügt hierzu, auf die eingehenden und überzeugenden Ausführungen in diesem Aufsatze, denen der beschließende Sen. allenthalben beitritt, Bezug zu nehmen. Zutreffend wird dort dargelegt, daß die Prüfung der in § 346 Abs. 1 StPO. genannten Voraussetzungen der Zulässigkeit der Rev. den Vortritt habe vor der Prüfung der Frage, ob derjenige, der das Rechtsmittel eingelegt hat, eine zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigte Person ist, daß gegen den Auslegungssatz des RG. der — insbes. auch von dem hierzu zuständigen Gericht — noch nicht zugelassene Nebenkl. habe noch nicht die rechtliche Stellung einer Prozeßpartei, nicht nur der Wortlaut von §§ 396, 397 StPO., sondern auch innere Gründe und praktische Erwägungen sprechen, und daß, wenn dieser Auslegungssatz richtig wäre, schon die Einlegung der Rev. von dem Nebenkl. ohne Parteieigenschaft erklärt wäre, so daß dann also auch die Einlegung der Rev. rechtswirksam erst mit der Zustellung des vom RevG. zu fassenden Zulassungsbeschl. erklärt werden könnte.

Auch der beschließende Sen. vertritt, abweichend von dieser Ansicht des RG. mit v. Beling die Auffassung, daß der Beschl., durch den über die Berechtigung des Nebenkl. zum Anschlusse entschieden wird, nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung hat, d. h. also, daß, wenn er die Berechtigung zum Anschlusse bejaht, die vor ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen, die den präsumtiven Nebenkl. als Nebenkl. behandelt haben, in ihrer vollen Bedeutung zu ihrem Rechte kommen und, wenn er diese Berechtigung verneint, diese Prozeßhandlungen zusammenfallen. Es würde folgewidrig sein, wollte man zwar den Nebenkl. für befugt ansehen, dem Gericht der unteren Instanz gegenüber vor seiner Zulassung rechtswirksam prozessuale Erklärungen abzugeben, dem letzteren aber die Befugnis absprechen, dem Nebenkl. gegenüber vor seiner Zulassung rechtswirksam prozessuale Handlungen vorzunehmen.

Aus alledem folgt, daß für den Nebenkl., nachdem er rechtzeitig und formgerecht gegen das Urt. der StrK. Rev. eingelegt hatte, die Frist des § 345 Abs. 1 StPO. zur Anbringung der RevAnträge bereits mit dem 16. Mai 1931, dem Tage, an dem seinen bevollmächtigten Vertretern das angefochtene Urt. das erstemal zugestellt worden ist, zu laufen begonnen hatte, daß es also, um diese Frist in Lauf zu setzen, nicht erst noch der Zustellung des vom RevG. zu fassenden Zulassungsbeschl. bedurfte, und daß daher, da die Frist zur Begründung des Rechtsmittels bereits mit dem Ablauf des 23. Mai 1931 verstrichen war, seine erst am 27. Mai 1931 beim LG. eingegangene RevBegründung als verspätet angebracht zu gelten hat.

Die StrK. hat offenbar angenommen, daß das Urt. dem Nebenkl. erst am 26. Mai 1931 — d. i. der Tag der zweiten Zustellung des Urt. — zugestellt worden sei. Sie hat also zweifellos übersehen, daß die Zustellung des Urt. schon am 16. Mai 1931 rechtswirksam erfolgt war, und deshalb in der irrigen Annahme, daß die RevBegründungsfrist gewahrt worden sei, die Akten an das RevG. einsenden lassen.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 7. Aug. 1931, 2 OSt 190/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

38. § 388 Abs. 2 StPO. Ist eine Widerklage durch unanfechtbaren Beschluß abgewiesen worden, so kann das BG. nicht darüber befinden, ob die Widerklage zu Unrecht zurückgewiesen wurde.

Wenn das LG. das amtsgerichtliche Urt. aufgehoben hat, weil der AR. die Widerklage zu Unrecht zurückgewiesen habe, so hat es damit seine Befugnisse überschritten. Die Berufung wird begrenzt durch den Inhalt des erstinstanzlichen Urt. Gegenstand dieses Urt. ist die Widerklage aber überhaupt nicht geworden. Sie ist nicht durch dieses Urt., sondern durch besonderen Beschl. zurückgewiesen worden und in dem Urt. selbst infolgedessen außer Betracht geblieben. Die StrK. hatte deshalb kein Recht, sich mit der Widerklage und ihrer Zurückweisung zu befassen. Die Anwendung des § 388 Abs. 2 StPO. kam nicht in Frage. Des weiteren war aber bereits der Beschl. auf Zurückweisung der Widerklage unanfechtbar geworden, bevor das LG. über die Berufung zu entscheiden hatte. Gegen den in der Verhandlung v. 13. Okt. 1930 verkündeten Zurückweisungsbeschl. hatte dem Angekl. in entsprechender Anwendung von § 210 Abs. 2 StPO. nur die sofortige Beschwerde zugestanden, die binnen einer Woche nach Verkündung des Beschl. einzulegen gewesen wäre (§ 311 StPO.). Da der Angekl. in dieser Frist ausweislich der Akten keine Beschwerde eingelegt hat, ist der Beschl. in Rechtskraft übergegangen. Die durch Schriftsatz v. 31. Jan. 1931 angebrachte, also verspätete „Beschwerde" konnte daran nichts mehr ändern. Auch aus diesem Grunde war es ausgeschlossen, die Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage nochmals zu prüfen und zu entscheiden.

(OLG. Dresden, Urt. v. 29. Juli 1931, 1 OSt 131/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

39. § 413 Abs. 3 StPO. Die Strafverfügung wird weder dadurch unwirksam, daß die Urschrift nur mit einem Handzeichen unterzeichnet ist, noch dadurch, daß die zugestellte Ausfertigung eine unleserliche Unterschrift aufweist.

Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden. Für die Form der Strafverfügung sind — abgesehen von den besonderen in § 413 Abs. 3 StPO. aufgestellten Erfordernissen — nicht die verfahrensrechtlichen Grundsätze der StPO. maßgebend, sondern die Grundsätze des Verwaltungsrechts. Es genügt deshalb für die Rechtswirksamkeit einer Strafverfügung, daß darin zweifelsfrei erkennbar gemacht ist, daß der zuständige Beamte die Verantwortung für ihren Inhalt übernimmt. Dazu bedarf es grundsätzlich nicht der Unterschrift des vollen Namens. Es genügt, daß in der Urschrift das Handzeichen des zuständigen Beamten unter die Verfügung gesetzt ist, und daß in der Ausfertigung der Strafverfügung die verfügende Stelle verständlich bezeichnet ist. Diesen Anforderungen genügen die Urschrift und die dem Angekl. zugestellte Ausfertigung. Denn die Urschrift weist das Handzeichen „Z" des zuständigen Verwaltungsbeamten Dr. Z. auf und in der Ausfertigung ist die verfügende Verwaltungsbehörde mit den vor der Unterschrift stehenden Worten „Der Rat zu D., Impfamt" zweifelsfrei bezeichnet (vgl. JW. 1927, 917; DRZ. 1927 Rspr. Nr. 258).

(OLG. Dresden, Urt. v. 7. Juli 1931, 2 OSta 66/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Karlsruhe.

40. § 359 Ziff. 5 StPO. Grundfragen der Zulässigkeit einer Wiederaufnahme nach Strafprozeßordnung.

1. Die Behauptung eines Novum muß schlüssig sein; Beweis ist nicht zu fordern.

2. Es kommt nicht darauf an, wie das verurteilende Gericht bei Kenntnis des Novum entschieden hätte, sondern wie jetzt ein Gericht entscheiden würde.

3. Ein neues Urteil eines anderen Gerichts über den gleichen Sachverhalt ist an sich weder eine neue Tatsache noch ein neues Beweismittel.

4. Auch ein neues Sachverständigengutachten ist das nicht. Es kann aber — in neuen Erkenntnismitteln der Wissenschaft — neue Tatsachen und Beweismittel aufzeigen. †)

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 16. Febr. 1931, Beschw. Tab. 236/30.)

Abgedr. JW. 1931, 1643[87].

*

Zu 40. Ein interessanter Fall und eine interessante Entsch., der zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber — soweit sich das ohne Aktenkenntnis sagen läßt — im Ergebnisse zugestimmt werden kann.

Zu 1: Bedenklich ist hier die Meinung, das Gesetz verwende die Begriffe „Tatsachen" und „Beweismittel" nicht als Gegensätze. Die Begriffe sind gegensätzlicher Natur; nur spielt dieser Gegensatz, wie das OLG. zutreffend bemerkt, praktisch keine große Rolle.

Zu 2: Die Frage ist recht zweifelhaft. Daß die Ansicht des OLG. die „praktisch einzig mögliche" ist, kann nicht zugegeben werden. Hypothesen sind hier wie dort erforderlich und erschweren die Beurteilung. Dafür, wie das seiner Zeit erkennende Gericht gedacht hat, geben die schriftlichen Urteilsgründe immerhin einen Anhalt; wie das im Wiederaufnahmeverfahren erkennende Gericht denken wird, ist gänzlich unbekannt. Der Struktur des Wiederaufnahmeverfahrens entspricht m. E. sogar mehr die vom OLG. (übrigens auch von Jastrow, Der angeklagte Staatsanwalt S. 165/6) abgelehnte Meinung.

Zu 3 ist dem OLG. durchweg — auch in der Auslegung des bei Löwe-Rosenberg 21b zu § 359 erwähnten KG.-Beschlusses — zu folgen.

Zu 4: Hier behandelt das OLG. die schwierige Frage, wann ein neues Gutachten einen Wiederaufnahmegrund bilden kann. Wenngleich nicht verkannt werden darf, daß eine Einschränkung unerläßlich ist (vgl. auch Anm. 7a zu § 359 bei Kohlrausch), so erregt die Unterscheidung des OLG. doch einige Bedenken. Auf technischem Gebiete sollen Fortschritte der Wissenschaft unbedingt geeignet sein, neue Beweismittel zu schaffen, dagegen sollen sie es nicht (oder wenigstens „im allgemeinen" nicht) dort, „wo nur die auf reinen Denkvorgängen beruhende Meinung der Wissenschaft oder gar wo nur Hypothesen sich geändert haben". Der letztere Fall muß ohnehin ausgeschieden werden — ohne Unterschied, ob es sich um Natur- oder Geisteswissenschaften handelt. Aber weshalb soll ein Meinungsumschwung auf dem Gebiete der Geisteswissenschaften grundsätzlich geringer bewertet werden als auf dem der Naturwissenschaften? Und weshalb sollen insbesondere gesicherte psychologische Erkenntnisse — sofern es sich wirklich um solche handelt — anders behandelt werden als etwa die Fortschritte der Blutprobenuntersuchung? Gerade weil die Ergebnisse der psychologischen Forschung im allgemeinen mit größerem Mißtrauen aufgenommen werden als die anderen Wissenschaften, müßte man logischerweise eigentlich auch eher bereit sein, sie gegenüber neueren Meinungen aufzugeben. Nun meint das OLG., das hieße eine nicht zu verantwortende Unsicherheit in das gesamte Rechtsleben bringen. Aber die Eigenart des Instituts der Wiederaufnahme besteht nun einmal darin, Unsicherheit zu erzeugen. Und Rechtsunsicherheit besteht nicht nur durch Erschütterung der Rechtskraft, sondern ebensosehr durch Untergrabung des Vertrauens in die Gerechtigkeit des Urteils. Es muß daher unterschiedslos jedes Gutachten als neues Beweismittel gelten können, sofern es nur entweder wirklich etwas Neues in der Begründung seiner Ergebnisse bringt oder wenigstens mit Rücksicht auf die überragende wissenschaftliche Persönlichkeit des Gutachters Beachtung verlangen kann.

Zu 5: In seinem Endergebnisse ist das OLG. von diesem Standpunkt kaum noch weit entfernt. Es läßt die Wiederaufnahme zu, weil es sich nicht in der Lage sieht, abschließend zu beurteilen, ob die maßgeblichen Anschauungen über die Glaubwürdigkeit eines

41. Eine vor der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931 eingelegte Revision in einer Privatklagesache bleibt trotz § 8 Abs. 1 I. Kap., VI. Teil zulässig.

Die Berufung des Privatbekl. gegen seine amtsgerichtliche Verurteilung wegen Beleidigung ist von der StrK. am 21. Juli 1931 zurückgewiesen worden. Er hat hiergegen noch im Juli Rev. eingelegt und sie begründet.

§ 8 Abs. 1 I. Kap. des VI. Teils der dritten NotVO. besagt, daß dem Angekl. oder dem Privatkl. in einer Privatklagesache, wenn er oder sein Verteidiger oder Vertreter die Berufung eingelegt hatte, das Rechtsmittel der Rev. gegen das Urt. des LG. nicht zusteht. Die Rev., die zur Zeit ihrer Einlegung zulässig war, wurde nachträglich durch die genannte Bestimmung der NotVO., die mangels einer besonderen Bestimmung nach dem § 2 ihres VIII. Teils mit dem auf die Verkündung folgenden Tag, also dem 8. Okt. 1931, in Kraft getreten ist, nicht unzulässig.

Bei Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., S. 1189/90 ist zu Art. VII der VO. über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I § 135 in Bemerkung I) ausgeführt, daß nach Inkrafttreten eines neuen Prozeßgesetzes alle nachher vorzunehmenden Prozeßhandlungen dem neuen Recht folgen, gleichviel ob sie in der ersten oder in einer höheren Instanz vorzunehmen sind, daß aber umgekehrt Vorgänge in einem anhängigen Prozeß, die beim Inkrafttreten des neuen Rechtes bereits abgeschlossen vorliegen, bei denen es sich also nur um die Beurteilung ihrer früher eingetretenen Wirksamkeit handelt, nach dem alten Recht zu beurteilen sind. Die Form, die Voraussetzungen der prozessualen Zulässigkeit sowie die Wirkungen der Prozeßhandlungen, sowohl derjenigen der Parteien wie derjenigen des Gerichts bestimmen sich also grundsätzlich nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Recht; dies gilt auch für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln. Diese ohne weiteres einleuchtenden Sätze, die speziell für das Rechtsmittel der Rev. in Zivilsachen auch das RG. anerkannt hat (JW. 1925, 362 [16]), hält der Senat auch für den Strafprozeß für zutreffend.

Er findet eine Bestätigung dafür darin, daß in der Novellengesetzgebung des letzten Jahrzehnts hinsichtlich der Rechtsmittel dann Übergangsbestimmungen gegeben wurden, wenn von dem oben erwähnten Grundsatz nach der einen oder anderen Seite abgewichen werden wollte. So ist in Art. V Abs. 3 Satz 1 des Ges. zur weiteren Entlastung der Gerichte v. 27. März 1923 (RGBl. 217) einerseits die Anwendung des alten Rechts begünstigend bestimmt, daß die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die vor dem Inkrafttreten verkündeten oder von Amts wegen zugestellten Entsch. sich nach den bisherigen Bestimmungen richte, während in Art. V Abs. 3 Satz 2 desselben Ges. für Ausnahmefälle bestimmt ist, daß die Einlegung der Rev. nach dem Inkrafttreten unzulässig sei (also der Grundsatz gelte), und in Abs. 4, die Anwendung des neuen Rechts begünstigend, für dieselben, jedoch beim RG. bereits anhängigen Fälle, daß das RG. die Weiterverfolgung der Rev. für unzulässig zu erklären, dann aber die Reichskasse den Parteien deren im Falle des Obsiegens ersatzmäßige Kosten zu erstatten habe und die beim RG. entstandenen Gerichtskosten niederzuschlagen seien. Ähnliche Bestimmungen finden sich in Art. II VO. zur Entlastung des RG. v. 15. Jan. 1924 (RGBl. 29). Auf dem Gebiet des Strafprozesses bestimmt § 42 Abs. 3 VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Jan. 1924 (RGBl. 15), die Anwendung des alten Rechts begünstigend, daß gegen die vor dem Inkrafttreten oder auf Grund einer nach den bisherigen Vorschriften zu Ende geführten Verhandlung erlassenen Urt. der StrK. und SchwG. die Rev. nach den bisherigen Vorschriften stattfinde, während zu § 33, durch welchen bei Übertretung und bei den meisten PrivKlagen die Berufung ausgeschlossen und die Ersatzrevision eingeführt wurde und zu § 34, durch welchen die Sprungrevision eingeführt wurde, Übergangsbestimmungen zunächst nicht erlassen wurden, wonach es bei dem Grundsatz geblieben wäre, wenn nicht nachträglich der RJM. auf Grund der in § 42 Abs. 5 VO. erteilten Ermächtigung durch § 3 seiner VO. v. 18. März 1924 (RGBl. 284) bestimmt hätte, daß es sich auch hier nach den zur Zeit der Verkündung der Urt. geltenden Vorschriften bestimme, ob und mit welchen Rechtsmitteln angefochten werden könne.

Da nun die VO. v. 6. Okt. 1931 zu § 8 des ersten Kapitels ihres sechsten Teils eine Übergangsbestimmung nicht enthält, muß es hier bei dem Grundsatz bleiben, daß die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, hier der Rev., sich nach der Zeit der Einlegung richtet. Danach ist die vorwürfige, am 22. Juli 1931 eingelegte Rev. des Angekl. auch nach dem 7. Okt. 1931 noch zulässig geblieben. Die gegenteilige Auffassung würde auch zu der unbilligen Härte führen, daß der BeschwF. die Kosten eines ursprünglich zulässigerweise eingelegten Rechtsmittels ohne weiteres in jedem Fall tragen müßte.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Urt. v. 22. Okt. 1931, SM 207/31.)

Mitgeteilt von Präs. Buzengeiger, Karlsruhe.

*

Königsberg.

42. § 268 Abs. 3 StPO. Unanwendbarkeit auf den Privatkläger. †)

§ 268 Abs. 3 StPO., nach dem der bei Verkündung des Urt. anwesende Angekl. über die Einlegung des Rechtsmittels belehrt werden soll, ist auf den Privatkl. nicht entspr. anwendbar. Der Privatkl. hat die Parteirolle eines StA.; seine rechtliche Stellung ist in verschiedener Hinsicht (z. B. §§ 378, 379, 390) anders geregelt als die des Angekl. Von dem Privatkl. muß deshalb erwartet werden, daß er sich, wenn er das Verf. durch Einlegung von Rechtsmitteln weiter betreiben will, nach den gesetzl. Best. über die Zulässigkeit und Form der Einlegung von Rechtsmitteln erkundigt; infolgedessen erübrigt sich seine Belehrung.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 12. Okt. 1931, 6 W 428/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

43. § 7 Abs. 1 Teil 6 Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931 ist auf an das LG. zurückverwiesene Privatklageverfahren anwendbar.

Der Umstand, daß bereits am 10. März 1931 ein Urt. der StrK. in der Privatklagesache ergangen war, steht der Anwendung des § 7 Abs. 1 NotVO. nicht entgegen. Denn dies Urt. ist mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen in der RevInst. aufgehoben und die Sache ist zurückverwiesen. Damit war die Sache in den vormaligen Verfahrensstand zurückversetzt und der Fall liegt nunmehr i. S. des § 7 a. a. O. wiederum so, daß zulässige Ber. eingelegt, ein Urt. zweiter Inst. aber noch nicht verkündet ist.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 11. Nov. 1931, W 484/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

44. § 7 Teil 6 Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931. Der Einstellungsbeschluß kann wegen der Kostenentscheidung allein nicht angefochten werden.

Das Privatklageverfahren ist eingestellt, dem Angekl. sind die Auslagen des Verf. auferlegt. Die Beschw. des Angekl. gegen diese Kostenentsch. ist aber nach § 7 Abs. 3 Teil 6 Kap. I NotVO. v. 6. Okt. 1931 unzulässig. Eine dem § 99 ZPO. entsprechende Best. fehlt zwar in der StPO., infolgedessen können sich, worüber Einigkeit herrscht, die Rechtsmittel der StPO. gegen jeden Teil der angef. Entsch., also auch allein gegen die Kostenentsch. richten.

Die Unzulässigkeit der Einschränkung der Beschw. im vorl. Falle auf den Kostenpunkt folgt aber aus dem Wortlaut des die Beschw. zulassenden § 7 Abs. 3 a. a. O. Denn nach diesem findet die sofortige Beschw. gegen die Einstellung des Verf. statt. Aus dieser Fassung, insbes. dem Umstande, daß nicht entsprechend den §§ 304, 312, 333 StPO. die Beschw. gegen die Entsch. der Vorinstanz überhaupt zugelassen ist, muß entnommen werden, daß nur eine solche Beschw. statthaft sein soll, mit der die Aufhebung der Einstellung erstrebt wird.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 16. Nov. 1931, 6 W 527/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

45. § 8 Kap. I Teil 6 RPräsVO. v. 6. Oktober 1931. Anwendbarkeit auf bereits anhängige Revisionen in Privatklagesachen.

Es ist anerkannter Rechtsgrundsatz, daß die prozeßrechtl. Vorschr. mit ihrem Inkrafttreten die Gestaltung auch der bereits anhängigen Verfahren bestimmen. Dies ist für die StPO. durch § 8 Abs. 1 EGStPO. ausdrücklich festgelegt und muß auch für § 8 NotVO., der

---

12jährigen Mädchens in Sittlichkeitsprozessen sich seit 1912 wesentlich geändert haben, ob insbesondere für die Unglaubwürdigkeit eines solchen Zeugnisses heute wesentlich stärkere Argumente angeführt werden können als damals (zur sachlichen Beantwortung dieser Frage vgl. etwa Marbe: Beitr. f. Kriminologie 86, 4 ff.; Albert Moll: MonSchr. f. Psychiatrie und Neurologie LXIV, 1927, 146 ff.). Zwar spricht das OLG. von einem medizinisch-psychologischen Grenzgebiet, und gewiß mit Recht. Aber soll nun die Zulassung der Wiederaufnahme lediglich darin ihren Grund haben, daß es sich um eine auch die medizinische Wissenschaft berührende Frage handelt, und wäre sie zu versagen gewesen, wenn nur die Psychologie beteiligt gewesen wäre? So hat das OLG. es sicherlich nicht gemeint.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 42. § 268 Abs. 3 entspringt dem Gedanken, daß der Staat dem Angekl., auch wenn das Gericht ihn verurteilte, nicht ausschließlich als Gegner gegenübersteht, sondern ihm, falls er das Urt. für unzutreffend hält, behilflich sein soll, sein Recht gegen das vom Staat selbst erlassene Urt. zu finden. Diese Erwägungen entfallen im Verhältnisse des Staates zum Privatkl., der das Verf. in Gang gebracht hat, der weit mehr als der Angekl. als tätiges Subjekt bei dem Gerichtsverf. beteiligt ist, als dessen leidendes Objekt sich höchstens der Angekl. fühlen kann. Die Entsch. verneint dem Privatkl. gegenüber diese Ausgleichspflicht, welche dem Angekl. gegenüber angebracht ist.

RA. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

eine Abänderung der StPO. darstellt, gelten, es sei denn, daß bei Einführung der Abänderung von Verfahrensvorschr. eine abweichende Regelung getroffen ist. So bestimmt § 8 Abs. 2 EGStPO., daß, wenn in erster Inst. ein Urt. ergangen war, das Verfahren nach den bisherigen Ges. zu Ende zu führen ist. Auch in § 46 Abs. 3 VO. über Gerichtsverfahren v. 4. Jan. 1924 sind Urt., die vor dem Inkrafttreten dieser VO. verkündet waren, von dem Ausschluß der Ber. ausgenommen. Ebenso ist in der VO. v. 6. Okt. 1931 bei einer Reihe von Vorschr., so nach §§ 10 Abs. 3, 13 Abs. 2, 17 Abs. 3, die Anwendung auf anhängige Verfahren im Zivilprozeß ausgeschlossen.

Die Unterlassung der Aufnahme einer entsprechenden Best. im § 8 NotVO. zwingt zu der Folgerung, daß diese Vorschr. nach dem Willen des GesGebers auch auf bereits anhängige Rev. Anwendung finden soll. Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht auch der Zweck der Regelung im Rahmen einer NotVO., die in ihren sämtlichen Best. das Ziel schleuniger Ersparnisse durch Abbau und Vereinfachung auf sämtlichen Gebieten der staatl. Betätigung verfolgt. Dies Ziel der sofortigen Entlastung des Staatshaushalts u. a. auch durch Entlastung der Gerichte und die damit verbundenen Ersparnisse an den Personalausgaben würde aber durch die Erledigung der zahlreichen anhängigen Rev. nach den alten Vorschr. eine wesentliche Beeinträchtigung erfahren.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 19. Okt. 1931, 6 V 127/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

Landgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

1. Die Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruches kann unter Umständen abgelehnt werden, weil ein Anwalt als Parteivertreter nicht zugelassen war und daher das rechtliche Gehör der Partei versagt worden sei.

Es sind Fälle denkbar, in denen die Vertretung durch Anwälte dem Zweck des SchiedsG. widersprechen kann. Es kann dies z. B. in Betracht kommen bei EinzelSchiedsG. patriarchalischen Charakters, bei denen die Schiedsrichter bewußt in dem Sinne gewählt werden, daß sie entscheiden sollen lediglich nach in einem engeren Kreise üblichen Gebräuchen oder sittlichen oder religiösen Anschauungen. Was ein Anwalt hier hineintragen würde, könnte leicht dem Zweck des Verf. fremd, für die Schiedsrichter unverständlich sein, sie verwirren und die Beurteilung gefährden. Anders aber bei den jetzt überwiegenden institutionellen SchiedsG., denen sich die Parteien unter dem Zwange von Verbänden und Organisationen unterwerfen müssen, bei denen oft schwierige jurist. Fragen zu entscheiden sind und deren Obmann auch meistens ein Jurist ist. Wenn bei dieser Sachlage zahlreiche SchiedsGO. von Organisationen sowie einzelne SchiedsG. die RA. von der Parteivertretung ausschließen, so wird die Zulässigkeit dieses Verf. immer einer besonderen Begr. und strenger Prüfung bedürfen. Meist wird es unvereinbar sein mit der unverzichtbaren Aufgabe der SchiedsG., der Rechtsordnung zu dienen, und wird zur Aufhebung des auf diesem Verf. beruhenden Spruches führen müssen.

(LG. I Berlin, Entsch. v. 6. Febr. 1931, 19 QSch 67/30.)

*

2. §§ 91, 271 ZPO. Nimmt der Antragsteller den Güteantrag zurück, dann sind ihm auf Antrag des Beklagten die Kosten des Güteverfahrens durch Beschluß aufzuerlegen.

Die Frage, ob und in welcher Form nach Rücknahme des Güteantrages eine Kostenentsch. ergehen kann, ist in Rspr. und Rechtslehre streitig. Teilweise wird die Zulässigkeit einer Entsch. über die Kosten in Fällen dieser Art überhaupt verneint. Zum Teil wird ein Kostenurteil auf Grund mündl. Verh. für zulässig erklärt. Schließlich wird auch, allerdings bisher nur vereinzelt, die Auffassung vertreten, daß nach Rücknahme des Güteantrages durch Beschl. über die Kosten des Verf. zu entscheiden ist (vgl. Sonnen: JW. 1925, 2306 ff.; LG. Dresden: JW. 1926, 275 [2]; OLG. Bamberg: JW. 1930, 2065 [7]; LG. II Berlin: DJZ. 1931, 578; LG. Essen: JW. 1931, 1143 [8]).

Das BeschwG. hat bisher eine Entsch. über die Kosten durch Urt. für zulässig erachtet (Beschl. v. 7. Nov. 1930: JW. 1930, 3653 [1]). Nach erneuter Prüfung kann aber an dieser Auffassung nicht festgehalten werden.

§ 271 Abs. 3 ZPO., der die Kostenfolge der Klageübernahme zum Gegenstande hat und sich nur auf das Streitverf. bezieht, kann zwar auf das Güteverf. mit Rücksicht auf seinen anders gearteten Aufbau weder unmittelbar noch entspr. Anwendung finden. Trotzdem muß auch hier der dem Grundsatz des § 91 ZPO. zu entnehmende allgemeine Rechtsgedanke gelten, wonach jeder, der ein gerichtl. Verf. in Gang setzt, im Falle der Rücknahme seines Antrages die entstandenen Kosten zu tragen hat. Dieses Prinzip beherrscht unser gesamtes VerfRecht und wird auch dort angewendet, wo es an einer ausdrückl. gesetzl. Regelung fehlt, wie etwa bei der Rücknahme einer Beschw. oder eines Arrestantrages. Es bestehen daher keine Bedenken, diese allgemeine Kostenregelung auch auf den Güteantrag auszudehnen und auch hier im Falle der Rücknahme des Antrags dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen.

Dagegen kann die Form, in der diese Kostenentsch. zu ergehen hat, nicht die gleiche sein, wie im Streitverf. Denn aus § 499 e ZPO. folgt, daß innerhalb des Güteverf. für den Erl. eines Urt. kein Raum ist. Auch ein Übergang ins Streitverf. ist wegen der Kosten nicht mehr möglich, weil ihm durch die Rücknahme des Güteantrages die Grundlage entzogen ist (vgl. Volkmar: JW. 1925, 724). In Fällen dieser Art kann deshalb, da das Ges. für Entsch., soweit nicht mündl. Verh. und Urt. vorgeschrieben ist, nur die Form des Beschl. kennt, auch über die Kosten des Verf. lediglich durch Beschl. entschieden werden.

(LG. III Berlin, 2. ZK., Beschl. v. 30. Juni 1931, 2 T 2481/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Erwin Galewski, Berlin.

*

3. § 825 ZPO. Bei Eigentumsvorbehalt seitens des Pfandgläubigers an beweglichen Sachen kann der Gläubiger die Anordnung des freihändigen Verkaufs der Pfandstücke an ihn gemäß § 825 ZPO. nicht verlangen, wenn der Eigentumsvorbehalt z. Z. der Pfändung oder der begehrten Anordnung noch besteht. In dem Pfändungsantrage und dem Antrage auf Anordnung des freihändigen Verkaufs liegt nicht ohne weiteres ein Verzicht des Gläubigers auf sein Eigentum. Eine Anordnung würde eine Umgehung der §§ 1 und 5 AbzG. bedeuten.

Die VollstrBeschwK. hat in ständiger Rspr. angenommen, daß die Vollstreckung der Gläubigerin in eine von ihr auf Abzahlung verkaufte Sache nur durch öffentl. Versteigerung, aber nie durch Überlassung an die Gläubigerin gem. § 825 ZPO. erfolgen darf, weil durch eine derartige Anordnung die Gläubigerin unter Umgehung der zugunsten des Abzahlungskäufers bestehenden Schutzvorschriften (§§ 1 und 5 AbzG.) ihre auf Abzahlung verkauften Sachen zurückerlangen würde (vgl. Beschl. v. 18. Jan. 1915, 25 T 178/15: KGBl. 1915, 38). Entgegen dieser Ansicht hat neuerdings das LG. Hamburg im Beschl. v. 20. Okt. 1930: JW. 1931, 1140 die entgegengesetzte Ansicht vertreten und sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Gläubiger den Antrag aus § 825 ZPO. auch dann stellen kann, wenn er das Pfandstück dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung verkauft hat. Das LG. Hamburg begründet dies damit, daß mindestens in der Stellung des Antrages aus § 825 ZPO. ein Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt zu erblicken sei und daß der Anordnung aus § 825 ZPO. das AbzG. nicht entgegenstehe. Demgegenüber hat das LG. Düsseldorf: JW. 1931, 2182 die Ansicht vertreten, daß die Anordnung nicht zulässig sei (vgl. ferner Oertmann, Anm. zu LG. Düsseldorf: JW. 1929, 3193; Etzold: JW. 1930, 2083; Herzstein: JW. 1930, 3365).

Die Kammer hält auch in Würdigung der vorgenannten Ausführungen an ihrer bisherigen Rspr. fest. Die Zulässigkeit der Anordnung kann nicht damit begründet werden, daß ein Verzicht des Gläubigers auf den Eigentumsvorbehalt anzunehmen ist. Ein derartiger Verzicht kann nicht unterstellt werden. Von einem ausdrücklichen Verzicht ist regelmäßig nicht die Rede. Auch ein stillschweigender Verzicht ist bei einem einfachen Zwangsvollstreckungsauftrag in den meisten Fällen nicht anzunehmen. Selbst wenn der den Vollstreckungsauftrag erteilende Gläubiger den Gerichtsvollzieher beauftragen sollte, die genau bezeichnete Sache, an der ein Eigentumsvorbehalt besteht, zu pfänden, so kann darin nicht ohne weiteres ein Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt gefunden werden. Der Pfändungsgläubiger hat einen derartigen Verzicht niemals aussprechen wollen, wie dies auch aus den eigenen späteren Ausführungen der Gläubiger sowohl dem Schuldner als auch dem Gerichtsvollzieher und schließlich auch dem Gericht gegenüber hervorgeht. In den meisten Fällen wird bei Anträgen aus § 825 von den Gläubigern darauf hingewiesen, daß sie, falls dem Antrage nicht entsprochen würde, erst eine neue Klage auf Herausgabe auf Grund ihres Eigentumsvorbehalts anstrengen müßten. Eine derartige Klage würde aber im Widerspruch zu einem schon vorher erklärten Verzicht stehen. Durch den — unterstellten — Verzicht würde der Eigentumsvorbehalt weggefallen sein und eine Klage auf Herausgabe nicht mehr in Frage kommen. Die Gläubiger haben also niemals daran gedacht, daß in dem Vollstreckungsauftrag oder in ihrem Antrage aus § 825 ZPO. ein stillschweigender Verzicht auf ihren Eigentumsvorbehalt enthalten sein könnte. Schließlich muß auch noch berücksichtigt werden, daß die Gläubiger, wie dies häufig auf Anfragen erklärt wird, überhaupt nicht wissen, und in sehr vielen Fällen nicht ohne weiteres aus dem Pfändungsprotokoll ohne Besichtigung des Pfandstückes erkennen können, ob die gepfändete Sache gerade die ist, die an den Schuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauft ist. Ein Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt kann aber nicht von derartigen ungewissen und dem Verzichtenden unbekannten Umständen abhängig gemacht werden.

Die Anordnung der Überlassung der Pfandsachen aus § 825 an den Pfändungsgläubiger, der die Sache an den Schuldner unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung verkauft hat, läuft entgegen der An-

sicht des LG. Hamburg auf eine Umgehung der Vorschriften der §§ 1 und 5 AbzG. hinaus, die zugunsten des Abzahlungskäufers getroffen sind. Der mit diesen Bestimmungen beabsichtigte Schutz des Abzahlungskäufers wird, wie das LG. Düsseldorf in Übereinstimmung mit der Ansicht der Kammer richtig ausführt, vollständig umgangen. Der Zweck dieser Vorschrift ist, die auf Abzahlung verkaufte Sache nur im Falle des Rücktritts, dessen Ausübung nach § 5 AbzG. in der Rücknahme der Sache liegt, unter Berücksichtigung des von dem Käufer (Schuldner) für die Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung zu leistenden Ersatzes (§ 2 a. a. O.) zurückzugeben. Die gegenseitigen Leistungen sollen zurückgewährt werden. Das aber ist bei einer Anordnung aus § 825, bei der im wesentlichen insoweit die Vollstreckungsforderung und der von dem Gerichtsvollzieher angenommene Taxwert maßgebend sein soll, nur schwer, wenn überhaupt möglich. Selbst wenn man annehmen wollte, daß die für die Rückgewährung der gegenseitigen Leistungen in Frage kommenden Umstände in dem Verfahren, das die Anordnung aus § 825 ZPO. zum Ziele hat, berücksichtigt werden könnten, so würde dadurch der Zweck dieser Vorschrift umgangen. Für die Feststellung der Wertminderung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache gem. § 2 AbzG. würden evtl. umfangreiche Beweisaufnahmen erforderlich sein. Dabei besteht die Gefahr, daß zwischen der Vollstreckungsforderung, dem von dem Gerichtsvollzieher festgesetzten Taxwert und dem Ergebnis der Beweisaufnahme über die gegenseitig zurückzugewährenden Leistungen sich ein solcher Unterschied ergeben würde, daß schließlich die in erster Linie maßgebende Höhe der Vollstreckungsforderung und der von dem Gerichtsvollzieher festgesetzte Taxwert nicht im Einklang zu den zurückzugewährenden Leistungen stehen würden.

Hiernach bleibt die Kammer in Übereinstimmung mit Foerster-Kann, Anm. 1 f zu § 825 ZPO. bei ihrer bisherigen Rspr., die sie — entgegen den Ausführungen des LG. Hamburg — stets damit begründet hat, daß die Anordnung der Überlassung an den Gläubiger gem. § 825 ZPO. bei einer von dem Gläubiger an den Schuldner auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache dahin führen würde, daß der Gläubiger unter Umgehung der zugunsten des Abzahlungskäufers (Schuldners) getroffenen Schutzvorschriften (§§ 1, 5 AbzG.) seine auf Abzahlung verkaufte Sache zurückerlangen würde.

(LG. I Berlin, Beschl. v. 11. Juli 1931, 25 T 6190/31.)

Mitgeteilt von GerAss. J. Rongen, Berlin.

*

Breslau.

4. § 580 Ziff. 3 ZPO. Auch gegen ein Versäumnisurteil ist die Restitutionsklage zulässig.

Der Wortlaut des § 580 Ziff. 3 ZPO. ist nicht entscheidend. Es muß genügen, wenn das Urt. durch eine strafbare Handlung herbeigeführt worden ist, wenn also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden besteht (vgl. Stein-Jonas, Anm. I zu § 580 ZPO.). Dies liegt hier vor. Mit Recht weist der Kl. darauf hin, daß zwar ein Anerkenntnisurteil eine Verfügung über den Streitgegenstand ohne ein ausdrückliches, stillschweigendes oder vom Gesetz angenommenes fingiertes Geständnis von Tatsachen enthält, daß dies aber regelmäßig nicht bei einem Versäumnisurteil der Fall ist. Hier werden aus dem Nichterscheinen Schlüsse gezogen, und zwar wird nach § 331 ZPO. das tatsächliche Vorbringen des Kl. als zugestanden angenommen. Die Vorprozeßakten ergeben nur, daß der gesetzliche Vertreter des damaligen Bekl. erst, nachdem die Kindesmutter auf ihre Aussage beeidigt worden ist, also geschworen hatte, nie mit einem anderen Mann geschlechtlich verkehrt zu haben, es für aussichtslos gehalten hat, weiter in der Sache streitig zu verhandeln, und daß er, offenbar um Kosten zu sparen, Versäumnisurteil gegen sich hat ergehen lassen. Dafür spricht insbes., daß er bis dahin den Rechtsstreit mit Eifer verfolgt und sich von jedem Termin Abschriften des Verhandlungsprotokolls hat zusenden lassen. Soweit er selbst die Beweistermine nicht wahrnehmen konnte, hat er seine Ehefrau mit seiner Vertretung beauftragt. Erst nachdem ihm das Protokoll über die Beeidigung der Kindesmutter zugesandt worden ist, hat er Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen.

(LG. Breslau, 12. ZK., Urt. v. 5. Dez. 1930, 12 S 750/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Max Polke, Breslau.

*

Koblenz.

5. § 313 Abs. 3 ZPO. Die Zustellung eines Versäumnisurteils ist ungültig, wenn in der zugestellten Abschrift die Überschrift „Versäumnisurteil" fehlt und auch aus dem übrigen Inhalt die Natur des Urteils nicht zu erkennen ist. †)

Für die Frage, ob Abweichungen der zugestellten Abschrift von der Urschrift die Zustellung selbst unwirksam machen, kommt es darauf an, ob die Abweichung Rechtsnachteile für den Zustellungsempfänger im Gefolge haben kann, insbes. darauf, ob er in der Beurteilung des zulässigen Rechtsmittels und seiner Aussichten behindert ist. Nach diesem Gesichtspunkt ist das Fehlen der Bezeichnung als Versäumnisurteil im vorliegenden Falle als ein so wesentlicher Mangel anzusehen, daß er die Wirksamkeit der ganzen Zustellung beeinträchtigt. Der Kl. konnte nämlich auch aus dem übrigen Inhalt der zugestellten Abschrift die Natur des Urteils nicht erkennen, weil es sich um eine Ausfertigung ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe nach § 317 Abs. 2 ZPO. handelte. Daher war der Kl. im Zeitpunkt der Zustellung nicht in der Lage, die Rechtsnatur des Urteils und die Art des zulässigen Rechtsmittels zutreffend zu beurteilen. Aus diesem Grunde war die Zustellung v. 25. Juli 1930 ungültig (vgl. KG. v. 15. Mai 1913: OLG. 29, 116). Sie kann nicht etwa deshalb nachträglich wieder wirksam werden, weil der Kl. später durch andere Umstände Kenntnis von der wirklichen Natur des Urteils erhielt, denn auch jetzt war für ihn nicht ohne weiteres ersichtlich, daß ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die gebotene Maßnahme war. Auch eine solche Wiedereinsetzung hätte übrigens nicht alle durch die Fehlerhaftigkeit der Abschrift verursachten Nachteile für den Kl. behoben; es braucht hier nur die Beauftragung des Anwaltes bei

---

Zu 5. Grundsätzlich ist die Forderung berechtigt, daß eine zur Zustellung verwendete beglaubigte Abschrift der Urschrift genau entsprechen muß. Wenn man aber an jede geringfügige Unrichtigkeit, z. B. kleine offensichtliche Schreibfehler, die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des ganzen Zustellungsaktes knüpfen wollte, so würde das praktisch unerträglich sein und schwere Nachteile für die Rechtssicherheit zur Folge haben. Auf diese Nachteile — Nichteintritt der Rechtskraft, Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung, Möglichkeit einer Wiederaufrollung der ganzen Sache noch nach Jahr und Tag — ist insbes. RG. 82, 422 (VerZivSen.) hingewiesen; die von ihnen drohende Gefahr ist insoweit, als es sich um Nichteintritt der Rechtskraft handelt, inzwischen für kontradiktorische Urteile durch die Änderung der §§ 516, 552 ZPO. (Beginn der Rechtsmittelfrist spätestens 5 Monate nach Urteilsverkündung) gemildert worden, für Versäumnisurteile dagegen voll bestehengeblieben. Aus diesen (und, soweit es sich um andere Zustellungen als solche von Urteilen handelt, noch anderen) Gründen hat das RG., übrigens in nicht ganz einheitlicher Rspr., den zweifellos zu billigenden Grundsatz aufgestellt, daß für die Wirksamkeit der Zustellung es genügt, wenn aus der zugestellten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift der wesentliche Inhalt der Urschrift entnommen werden kann, dagegen Ungenauigkeiten oder Unrichtigkeiten nebensächlicher Art erträglich sind (so insbes. RG. 61, 394). Für das Versäumnisurteil schreibt nun die ZPO. die ausdrückliche Bezeichnung als solches nur dann vor, wenn seine Urschrift in der abgekürzten Form des § 313 Abs. 3 hergestellt wird. In diesem Falle ist die Bezeichnung ein Teil der gesetzlichen Urteilsform und ihre Wesentlichkeit daher unbestreitbar; das Urteil des KG.: OLGRspr. 29, 116 betraf einen solchen Fall und war daher richtig. Bei einem nicht gem. Abs. 3, sondern gem. Abs. 1, 2 des § 313 abgefaßten Versäumnisurteil — um ein solches muß es sich hier gehandelt haben, da das Urteil ja gegen den Kl. erging — kann dagegen die Bezeichnung, wenn sie ohne Notwendigkeit tatsächlich auf die Urschrift gesetzt worden ist, nicht als wesentlich gelten. Dies ist schon allein daraus zu folgern, daß sie hier eben nicht vorgeschrieben ist und auch in der Urschrift ohne weiteres hätte fortbleiben können; danach kann sie gar nicht zum wesentlichen Inhalt der Urschrift gehören, sondern ist nebensächlich, ebenso wie z. B. die in Urteilsurschriften gleichfalls nicht seltene Angabe über den Streitgegenstand („wegen ..."). Diesen Grund allein könnte man formal finden; aber es sprechen auch alle materiellen Erwägungen für dieselbe Ansicht. Zunächst die bereits hervorgehobene große Gefahr für die Rechtssicherheit, die gebietet, die Unwirksamkeit von Zustellungen nicht zu begünstigen, sondern einzuschränken. Diesem Allgemeininteresse steht kein erhebliches schutzbedürftiges Einzelinteresse der säumigen Partei gegenüber; denn diese muß doch über ihr eigenes Ausbleiben in dem Termin unterrichtet sein und daher wissen, daß es sich um ein Versäumnisurteil handelt[1]). Endlich: das für die Wahl des Rechtsbehelfs erhebliche Wissen der Partei darum, ob es sich um kontradiktorisches Urteil oder Versäumnisurteil handelt, kann allenfalls für die Frage einer Wiedereinsetzung Bedeutung haben, aber niemals für die Frage des wesentlichen Urteilsinhalts. Denn der Gedanke, in den Urteilsinhalt eine Rechtsmittelbelehrung hineinzulegen, ist der ZPO. gänzlich fremd[2]); auch § 313 Abs. 3 Satz 2 beruht keineswegs etwa auf diesem Gedanken, sondern lediglich auf dem ganz anderen, daß die durch ihn zugelassene Form der Herstellung einer Urteilsurschrift eine ausnahmsweise ist, deren zulässige Benutzung im einzelnen Falle in der

---

[1]) Das kann man auch noch nach der Novelle von 1924 sagen. Denn wenn ein Urteil nach Lage der Akten ergeht, so ist dieser Charakter des Urteils daraus erkennbar, daß ihm das besondere Publikationsverfahren nach § 251 a Abs. 1 vorangegangen sein muß. Außerdem spielt die Säumnis praktisch weitaus die größte Rolle in der ersten Verhandlung, in der das Urteil nach Aktenlage ja noch nicht zulässig ist.

[2]) Anders im ArbGG., nach dessen § 9 Abs. 4 und § 59 Satz 3 die Belehrung zwar auch nicht in dem Urteilsinhalt selbst, aber in Verbindung mit dem Urteil bei kontradiktorischen Urteilen erteilt werden soll, bei Versäumnisurteilen erteilt werden muß. Vgl. Stein-Jonas, Anm. VI 3 zu § 317 und III 1 zu § 339.

dem BG. erwähnt zu werden. Es erscheint auch unbillig, daß nachteilige Folgen, die vielleicht durch unsorgfältige Prüfung seitens des Bekl., jedenfalls aber durch Umstände außerhalb der Person des Kl. verursacht sind, den letzteren treffen sollen.

(LG. Koblenz, 3. ZK., Urt. v. 16. April 1931, 3 S 59/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Salomon, Koblenz.

*

Wuppertal.

6. 1. Bei der negativen Feststellungsklage kommt es für die Frage, ob die Zuständigkeit des ArbG. begründet ist, auf die Rechtsnatur des vom Beklagten behaupteten Anspruchs an.

2. Die Umwandlung einer Lohn- oder Gehaltsforderung in Darlehnsforderung hebt die Zuständigkeit des ArbG. im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. nicht auf, wohl aber bei einer Novation.

3. Bei Arbeitsverhältnissen mit einer OHG. als Arbeitgeber ist auch der einzelne Gesellschafter als Arbeitgeber anzusehen. Ansprüche gegen ihn gemäß § 128 HGB. gehören daher vor das ArbG.

(LG. Wuppertal, 5. ZK., Beschl. v. 19. Nov. 1931, 5 O 519/31.)

Mitgeteilt von LGR. Liesegang, Wuppertal-Elberfeld.

b) Strafsachen.

Berlin.

7. § 193 StGB. Die Tätigkeit des RA. ist keine „gewerbliche Leistung" i. S. des § 193 StGB.

Der vom LpzKomm. (4. Aufl. S. 633 Anm. 5 zu § 193 StGB.) vertretenen abweichenden Auffassung vermag sich die StrK. nicht anzuschließen. Denn § 193 StGB. zielt hier ab auf Tätigkeiten, die der Öffentlichkeit oder wenigstens den Fachkreisen zur Schau gestellt werden und ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, kritisch gewürdigt zu werden. Ebensowenig wie — nach einhelliger Meinung — richterliche Urt. zählt die Berufsarbeit des Anwalts hierher. Denn er führt Rechtssachen nicht, um Anerkennung, Beifall oder Zustimmung zu finden und das Urt. Unbeteiligter darüber zu hören, sondern seine Arbeit dient der Rechtsverwirklichung. Er übt einen staatlich gebundenen Beruf aus und ist Organ der Rechtspflege. Die Tatsache, daß neuerdings die Anwälte zur Gewerbesteuer herangezogen werden (vgl. Urt. des StGH.: JW. 1931, 2373), ändert hieran nichts...

(LG. III Berlin, 4. StrK., Urt. v. 22. Sept. 1931, G 2 M 31/31.)

Mitgeteilt von GerAss. Dr. Arndt, Berlin.

Amtsgerichte.

Nienburg.

1. Das Pfändungspfandrecht fällt nicht unter § 127 Abs. 2, sondern unter § 127 Abs. 1 KO. †)

Das Pfändungspfandrecht ist als ein Absonderungsrecht, das der Gläubiger nicht ohne gerichtliches Verfahren verwerten kann, anzusehen (KG. v. 8. Dez. 1906: LZ. 1907, 296; OLG. München vom 25. Sept. 1908: LG. 1909, 88). Somit ist der Konkursverwalter nach § 127 Abs. 1 KO. berechtigt, die Verwertung der gepfändeten Gegenstände selbst zu betreiben und einem Verkauf durch die Gläubiger im Wege der Einwendung gem. § 766 ZPO. entgegenzutreten. Die Verwertung durch die Gläubiger wurde deshalb für unzulässig erklärt.

(AG. Nienburg, Beschl. v. 18. Aug. 1931, M 446/31.)

äußeren Erscheinung der Urschrift zu dokumentieren verlangt wird. — Hiernach halte ich das vorliegende Urteil für nicht zutreffend.

Zu bemerken ist noch folgendes. Das Urteil vergleicht die zugestellte Abschrift mit der bei den Akten befindlichen Urschrift. Nach dem erwähnten Beschluß der VerZivSen. des RG. kommt es aber für die in Rede stehende Frage nicht auf diese, sondern auf die gem. § 317 Abs. 3 von der Geschäftsstelle der Partei erteilte Ausfertigung an, diese Ausfertigung ist die „Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks" i. S. des § 169. Das LG. hätte also hier prüfen müssen, ob der von ihm für wesentlich gehaltene Vermerk in dieser Ausfertigung stand oder fehlte.

RA. Hermann Lucas, Berlin.

Zu 1. Die Entsch. ist m. E. zutreffend. Im Schrifttum wird der gleiche Standpunkt von Bleyer, Anm. 4, und von Mentzel, Anm. 1 u. 11 zu § 127 KO., vertreten. Jaeger, Anm. 5 § 127 zit. ist gegenteiliger Ansicht. Ich habe seine Ausführungen namentlich in GruchBeitr. n. F. 8. Jhrg. S. 595 ff. — vgl. auch Bendix: JW. 1925, 586 u. 1930, 280 [12] — bekämpft, worauf ich verweise. Danach steht dem Konkursverwalter die Befugnis zu, die Verwertung der Pfändungspfandstücke gem. § 127 Abs. 1 zu betreiben, der Gläubiger kann dann seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

In der Rspr. gehen die Meinungen über die Streitfrage ebenfalls auseinander.

JR. Bendix, Breslau.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

** **1.** § 322 ZPO. Umfang der Rechtskraftwirkung. Gegenstand der Bindung des zweiten Richters bildet die ältere Entscheidung, daß ein bestimmter Tatbestand die im Vorprozeßurteil bejahte oder verneinte Rechtsfolge habe oder nicht habe. Die Rechtskraft kommt nur bei einem Tatbestand in Frage, der hinsichtlich aller für die Vorentscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte mit dem früheren Tatbestand übereinstimmt. Der Umstand, daß über einen Anspruch rechtskräftig entschieden ist, bedeutet nicht, daß auch hinsichtlich der Mehrforderung Gleiches zu gelten hat, es sei denn, daß der Kläger schon vor Beendigung des Vorprozesses von der Möglichkeit eines weitergehenden Klagebegehrens und Klagegrundes Kenntnis hatte.

Die Kl. haben zum Zwecke des Vertriebs von elektrischen Waschmaschinen bis zum 31. Jan. 1930 als „Vertreter" im Dienst der Bekl. gestanden und am 6. Mai 1930 in den Akten 14 A C 159/30 des ArbG. Berlin ein Teilurteil erstritten, durch welches ihnen entsprechend ihrem damaligen Klageantrag der Unterschied zwischen den ihnen von der Bekl. gezahlten Beträgen und den Sätzen der Gruppe K 2 des für ihr Dienstverhältnis maßgebend gewesenen allgemeinverbindlichen TarVertr. für die in der Berl. Metallindustrie beschäftigten Angestellten zugebilligt worden ist. Sie wollen erst nach Erlaß dieses inzwischen rechtskräftig gewordenen Urt. erfahren haben, daß das LArbG. Berlin in den Akten 106 S 1910/29 anderen in gleicher Stellung bei der Firma E.-GmbH. tätig gewesenen „Vertretern" das Gehalt nach den Sätzen der Gruppe K 3 des genannten TarVertr., und zwar ebenfalls rechtskräftig zugesprochen habe, und haben deshalb nunmehr den Unterschied zwischen den Sätzen der Gruppe K 2 und K 3 eingeklagt. Die Bekl. hat die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben und im übrigen u. a. auch bestritten, daß die von den Kl. verrichtete Tätigkeit nach Gruppe K 3 zu bewerten gewesen wäre.

Während der erste Richter die Frage dahingestellt läßt, ob die Kl. überhaupt noch nachträglich eine höhere Gehaltsgruppe für sich in Anspruch nehmen dürften, und die Klage abweist, weil sie nach der von ihnen bei der Bekl. ausgeübten Tätigkeit in die Gruppe K 2 gehört hätten, unterläßt das BG. eine Prüfung in der Richtung, welcher Gehaltsgruppe der Kl. zu 1 nach seinen Tätigkeitsmerkmalen zuzurechnen gewesen sei, und weist die Ber. mit der Begründung zurück, daß der Kl. zu 1 durch Beschränkung seiner Ansprüche im Vorprozeß auf die Sätze der Gruppe K 2 auf ein höheres Gehalt verzichtet oder doch ein höheres Gehalt verwirkt habe und daß seiner jetzigen Nachforderung auch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehe.

Die Rev. rügt zunächst Verletzung des § 322 ZPO., indem sie ausführt, die Einrede der Rechtskraft greife nicht durch, weil durch das Teilurteil des ArbG. v. 6. Mai 1930 nur festgestellt sei, daß dem Kl. die von ihm in dem Vorprozeß geltend gemachten Ansprüche der Gruppe K 2 „mindestens" zuständen, nicht aber habe sich dieses Urt. darüber ausgesprochen, ob er noch höhere Ansprüche erheben könne. — Die Rüge ist begründet. In dem dem Teilurteil zugrunde liegenden und vorgetragenen Schriftsatz v. 10. März 1930 hat der Kl. zu 1 seinen Anspruch auf Zahlung des ihm dann durch dieses Urt. zuerkannten Unterschieds zwischen dem ihm bereits gezahlten Gehalt und den Tarifsätzen der Gruppe K 2 neben der von ihm in erster Linie verlangten Fahrgelderstattung wie folgt begründet:

„Die geforderten Fahrgeldbeträge würden noch weit hinter dem Mindestgehalt Tarif K 2 der Berl. Metallindustrie zurückstehen. Da sich aber andererseits die Kammer 14 des Berl. ArbG. schon in früheren gleichlautenden Klagen auf den Standpunkt gestellt hat, daß die Vertreter ... der Bekl. nach Tarif K 2 zu bezahlen sind und auch das RArbG. am 15. Febr. 1930 dahingehend entschieden hat, daß vorgenannte Angestellte nach dem Tarif der Berl. Metallindustrie zu bezahlen sind, ist die gestellte Forderung gerechtfertigt."

Wenn das ArbG. daraufhin in dem Teilurteil den geforderten Unterschied lediglich mit der Begründung zuerkannte, daß die Berechtigung des Anspruchs „auf Nachzahlung von Tarifgehalt" ohne weiteres festzustellen sei, da die untertarifliche Bezahlung des Kl. zu 1 mit Rücksicht auf den Grundsatz der Unabdingbarkeit von TarVertr. unzulässig erscheine, so ist damit — entgegen der Auffassung des BG. — einer Nachforderung des Kl. in dem jetzt geltend gemachten Sinne nicht der Weg verschlossen. Durch die Rechtskraft nach § 322 ZPO. soll verhindert werden, daß aus demselben Tatbestand zwischen denselben Parteien (oder ihren Rechtsnachfolgern, § 325 ZPO.) über eine daraus abgeleitete Rechtsfolge durch ein neues Urt. schon entschieden wird, als vorher durch ein rechtskräftiges älteres Urt. schon entschieden war; Gegenstand der Bindung des zweiten Richters bildet also die ältere Entsch., daß ein bestimmter Tat-

bestand die im Vorprozeßurteil bejahte oder verneinte Rechtsfolge habe oder nicht habe (RG. 125, 161 [1])). Inwieweit letzteres der Fall ist, richtet sich neben der Formel nach den Entscheidungsgründen des älteren Urt. Die Rechtskraft kommt nur bei einem Tatbestand in Frage, der hinsichtlich aller für die Vorentsch. maßgeblichen Gesichtspunkte mit dem früheren Tatbestand übereinstimmt. Sie findet gegenüber einem nachträglich auf denselben Rechtsgrund gestützten weiteren Anspruch, einer Mehrforderung gegenüber, nur dann statt, wenn diese im Vorprozeß geltend gemacht, aber vom Gericht abgesprochen war (RG. 73, 219 [2])). Der Umstand, daß über einen Anspruch rechtskräftig entschieden ist, bedeutet also nicht, daß auch hinsichtlich der Mehrforderung gleiches zu gelten hat, es sei denn, daß der Kl. schon vor Beendigung des Vorprozesses von der Möglichkeit eines weitergehenden Klagebegehrens und Klagegrundes Kenntnis hatte (vgl. Urt. v. 5. Okt. 1929, RAG 173/29). Daß der hier in Frage kommende Kl. eine solche Kenntnis hatte, ist dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Die oben aus dem Schriftsatz v. 10. März 1930 wiedergegebene Begründung läßt vielmehr den Schluß zu, daß diese Kenntnis im Vorprozeß nicht bestanden hat. War das aber der Fall, so steht nach dem Gesagten seinem jetzt erhobenen Anspruch die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen. Das BG. hat die von ihm für den gegenteiligen Standpunkt angezogene Bemerkung von Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., zu § 322 Erl. V 2c mißverstanden; sie enthält, wie auch der Hinweis auf RG. 73, 219 [3]) zeigt, keine abweichende Stellungnahme.

(RArbG., Urt. v. 1. April 1931, RAG 602/30. — Berlin.) [A.]

*

2. § 64 ArbGG. **Maßgebend für die Berufungsfähigkeit ist allein der vom ArbG. festgesetzte Streitwert. An dieser Maßgeblichkeit wird nichts dadurch geändert, daß zur Erschleichung der Berufung eine 300 RM übersteigende Forderung eingeklagt ist.** †)

Nach § 64 ArbGG. findet gegen die Urt. der ArbG. die Berufung an die LArbG. statt, wenn der vom ArbG. festgesetzte Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 RM übersteigt. Im vorliegenden Falle hat das ArbG. den Streitwert auf 314,64 RM festgesetzt. Gleichwohl hat das LArbG. die Ber. als unzulässig verworfen, weil der wirkliche Streitwert hinter 300 RM zurückbleibe. Zur Begründung führt es aus:

Wenn es auch nach dem Wortlaute des § 64 ArbGG. für die BerFähigkeit eines Urt. an und für sich nicht auf die Höhe des Wertes des Beschwerdegegenstandes, sondern nur auf den vom ArbG. festgesetzten Wert des Streitgegenstandes ankomme, so erscheine es doch fraglich, ob es sich mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung des § 64 ArbGG. vereinigen lasse, die Ber. auch in einem Falle zuzulassen, in dem der Kl. zwischen dem Urt. des ArbG. und der Ber. selbst seinen Anspruch auf einen unter 300 RM liegenden Betrag herabsetze oder sogar von vornherein wider besseres Wissen seinen Anspruch auf eine die BerSumme übersteigende Höhe bemessen habe, um damit auf dem Wege über die §§ 61 Abs. 2, 64 ArbGG. die Festsetzung eines berufungsfähigen Wertes des Streitgegenstandes zu erlangen und sich die BerMöglichkeit zu verschaffen. Nach Ansicht des BG. entspreche den Voraussetzungen des § 64 ArbGG. schon der Fall nicht mehr, daß der vom ArbG. abgewiesene Kl. zwischen Klageabweisung und Ber. selbst zur Erkenntnis von der Unrechtmäßigkeit eines Teils des Klagebegehrens komme und deshalb seine ursprünglich höhere Forderung in der Ber. nur noch zu einem unter 300 RM zurückbleibenden Betrage verfolge. Denn wenn § 64 ArbGG. die Ber. bei einem festgesetzten Streitwert von mehr als 300 RM zulasse, unterstelle er einen in dieser Höhe ernsthaft verfolgten und auch weiterhin festgehaltenen Anspruch. Diese gesetzliche Unterstellung müsse besonders für den zweiten Fall hervorgehoben werden, daß von vornherein ein Anspruch von mehr als 300 RM nur zur Erzielung der BerFähigkeit eingeklagt worden sei, ohne daß ihn der Kl. selbst ernstlich für rechtmäßig erachtete. Denn in diesem Falle solle durch die Überstreckung des Anspruchs nur ein weiterer Rechtszug erschlossen, also etwas erreicht werden, was das Gesetz bei redlicher Einklagung des Anspruchs in der für richtig gehaltenen Höhe eben nicht gewähre. Dieses Ziel werde im Wege einer Täuschung des ArbG. verfolgt. Ein solches Vorgehen, bei dem durch Täuschung des ArbG. eine an sich nicht bestehende gesetzliche Möglichkeit mit unredlichen Mitteln erlangt werden soll, sei widerrechtlich und könne den erstrebten Erfolg nicht haben, vielmehr sei die Ber. in solchem Falle ungeachtet des Wortlauts des § 64 ArbGG. unzulässig.

Das BG. führt dann weiter im einzelnen aus, warum vorliegend nach seiner Überzeugung dieser Fall gegeben sei, und geht zu diesem Zwecke auf die fallengelassenen Posten (insbes. 25 RM für Tariflohnnachzahlung nach dem Baden-Badener-Abk.) ein, wegen deren es der Kl. nach seiner Auffassung von Anfang an nicht ernst gewesen sei.

Es bedarf keines Eingehens auf die zuletzt erwähnten Ausführungen des BG. im einzelnen. Denn der Ausgangspunkt des BG. ist unrichtig. Das ArbGG. bestimmt in § 64 eindeutig, daß die Ber. an die LArbG. immer dann stattfindet, wenn der vom ArbG. festgesetzte Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 RM übersteigt. Für eine Nachprüfung der vom ArbG. vorgenommenen Streitwertfestsetzung oder gar für ihre Richtigstellung durch das LArbG. ist nach dem Gesetz kein Raum (RArbG. 1, 261; 3, 320; 4, 46; Baumbach-Königsberger, Anm. 3B zu § 64 ArbGG.). Auf den vom LArbG. hervorgehobenen Umstand, daß die Kl. ihren Anspruch bei Einlegung der Ber. unter den vom ArbG. festgesetzten Streitwert ermäßigt hat, kann es unter diesen Umständen überhaupt nicht ankommen. Aber auch die Annahme des BG., daß die Kl. zur Erschleichung der Ber. dem ArbG. einen zu hohen Streitwert vorgetäuscht habe, vermag an der Maßgeblichkeit des vom ArbG. festgesetzten und von ihm nicht berichtigten Streitwertes nichts zu ändern. Wie das RArbG. wiederholt hervorgehoben hat, war es der Zweck der Gesetzesbestimmung in § 64 ArbGG., von vornherein jede Ungewißheit über die BerFähigkeit eines arbeitsgerichtl. Urt. auszuschließen. Solange die vom ArbG. vorgenommene Streitwertfestsetzung formell besteht, ist daher sie und sie allein für die Frage der BerFähigkeit des Urt. des ArbG. maßgebend.

(RArbG., Urt. v. 17. Dez. 1930, RAG 288/30. — Offenburg.) [A.]

*

3. § 80 ArbGG. **Einstweilige Verfügungen im arbeitsgerichtlichen Verfahren sind nicht mit der Rechtsbeschwerde, sondern nur mit dem Widerspruch anfechtbar.**

Die Angestellten des Arbeitsamts Berlin-Nordwest, K. und A., waren Mitglieder des Angestellten- und des Betriebsrats daselbst.

[1]) JW. 1929, 3074. [2]) JW. 1910, 549. [3]) JW. 1910, 549.

Zu 2. Die im arbeitsgerichtl. Verf. nach § 61 ArbGG. von dem index a quo ausgesprochene Wertfestsetzung ist für den Rechtsmittelrichter schlechthin bindend, mag auch das Gericht bei der Wertbemessung erkennbar von unrichtigen rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen ausgegangen sein. An diesem in zahlreichen Entsch. anerkannten Grundsatz hält das RArbG. vorl. zutreffend auch für den Fall fest, daß der Kl. seinen Klageantrag auf einen die Rechtsmittelsumme übersteigenden Betrag nur zu dem Zwecke gestellt hat, um sich für den ernstlich verfolgten Teilbetrag das Rechtsmittel zu sichern. Die einzige — nur scheinbare — Ausnahme von dem Grundsatz der unbedingten Maßgeblichkeit der Wertfestsetzung ergibt sich in dem Falle, daß das LArbG. eine abändernde Wertfestsetzung nach § 69 Abs. 2 ArbGG. unter Überschreitung der dort vorgesehenen Grenzen — also nicht infolge Wertveränderung, sondern zum Zwecke der Berichtigung der erstinstanzlichen Wertfestsetzung o. dgl. — getroffen hatte (RArbG. 4, 46; ArbRspr. 1930, 381); in diesem Falle handelt es sich aber nicht um eine Nachprüfung der landesarbeitsgerichtl. Wertfestsetzung, sondern um das Unbeachtetlassen eines Ausspruchs, der infolge Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit entbehrt. —

Der Schluß, daß das Gesetz dem Kl. eine sichere Handhabe böte, sich in jedem Falle nach Belieben durch eine entsprechende Bemessung des Klageantrags, also praktisch durch Aufwendung eines entsprechend höheren Gebührensatzes, die Appellabilität der ergehenden Entsch. zu erkaufen, wäre aber keinesfalls zutreffend. Gewiß, dem höheren Richter sind in dieser Hinsicht die Hände gebunden; der erstinstanzl. Richter ist aber sehr wohl in der Lage, den Mangel der Ernstlichkeit eines Klagebegehrens bei seiner Wertfestsetzung zu berücksichtigen. Selbstverständlich ist das ArbG., wenn auch seine Wertfestsetzung nicht nachprüfbar ist, an die gesetzlichen Vorschriften der §§ 3ff. ZPO. gebunden. Aber diese Vorschriften zwingen den Richter nicht, sich bei der Wertfestsetzung blind an die in dem Antrag genannten Zahlen zu halten. Es ist in verschiedenen Entsch. (vgl. die Nachw. bei Stein[14] § 3 N. 7) ausgesprochen, daß die in dem Klageantrag angegebene Summe, wenn sie auf einem Rechenfehler beruht, wenn sie also infolge eines Versehens von dem sich aus der Klagebegründung ergebenden Betrag abweicht, nicht entscheidet. Das muß aber um so mehr gelten, wenn die Divergenz nicht auf einem Versehen, sondern auf Absicht beruht, wenn sich z. B. aus dem Klagevortrag ergibt, daß der Kl. die Nachzahlung nur einer Monatsrate verlangt, aber gleichwohl den Betrag zweier Raten in den Antrag eingesetzt hat. Daß der Kl. den geltend gemachten Anspruch nicht für aussichtsvoll hält, genügt selbstverständlich nicht. Erforderlich ist vielmehr, daß das Gericht aus dem Fehlen einer vernünftigen Begründung die Überzeugung gewinnt, daß die in dem Antrag enthaltene Betragsangabe kein ernstlich gemeintes Klagebegehren darstellt, sondern nur Mittel zur Erlangung der Anfechtungsmöglichkeit sein soll. Insoweit wird das Gericht das Vorliegen eines ernstlichen Klagebegehrens zu verneinen und den Betrag bei der Wertfestsetzung außer Ansatz zu lassen haben. Machenschaften der in Rede stehenden Art steht also das Gericht nicht wehrlos gegenüber — die Abwehr liegt aber ausschließlich in der Hand des Gerichts erster Instanz.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

In einem vorangegangenen Verfahren hatte auf den Antrag der Reichsanstalt das ArbG. Berlin die Genannten ihres Amtes enthoben. Das RArbG. hat deren Beschwerde zurückgewiesen (Beschl. v. 6. Dez. 1930). Mit dem 6. Dez. 1930 ist daher der Amtsenthebungsbeschluß des ArbG. rechtskräftig geworden.

Inzwischen, am 11. Nov. 1930, hat eine Neuwahl der Betriebsvertretung bei dem ArbG. stattgefunden; K. und A. sind wiedergewählt worden. Gleichwohl will der Direktor des Arbeitsamts, gestützt auf den Beschl. des RArbG. v. 6. Dez. 1930, sie an der Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen hindern.

Namens der Genannten hat der Gewerkschaftssekretär Z. in Berlin „gemäß §§ 935, 940 ZPO." den Erlaß einer „einstweiligen Verfügung" dahin beantragt, der Reichsanstalt zu verbieten, die genannten Antragsteller an der Ausübung ihres Amtes zu hindern. Zur Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen, die zur Begründung des Antrags dienen sollen, hat er Bescheinigungen vorgelegt. Vorsorglich hat er nötigenfalls mündliche Verhandlung beantragt.

Ohne Anhörung des Gegners und ohne mündliche Verhandlung hat das ArbG. mit Beschl. v. 13. März 1931 dem Antrag stattgegeben. In den Gründen prüft es, ob die tatsächlichen Behauptungen glaubhaft gemacht seien. Auch stellt es fest, daß der Fall dringlich sei. Eine Rechtsbelehrung hat es dem Beschluß nicht beigegeben; zugestellt hat es den Beschluß nur dem Z., nicht auch dem Gegner. Die gesetzlichen Bestimmungen des ArbGG. oder der ZPO., nach denen es den Beschluß erlassen hat, hat es nicht genannt.

An sich wäre für den Antrag das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren geboten gewesen (§ 93 Nr. 3 BetrRG. verb. m. §§ 80, 2 Nr. 5 ArbGG.). Für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren hat das Gesetz keine Sonderbestimmungen über EinstwVerf. gegeben. Aber nach seinem Wesen, als Verfahren, das demjenigen der freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtsähnlich ist, ließe es wohl auch Anordnungen vorläufiger Art in dringlichen Fällen zu, und so könnte man zweifeln, ob nicht das ArbG. doch einen Beschluß i. S. der §§ 80 ff. ArbGG. habe erlassen wollen. Aber dann hätte sich das Gericht im Rahmen der §§ 80 ff. halten müssen; von der Anhörung des Gegners hätte es wohl überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht ohne besondere Begründung absehen dürfen (§ 83 Abs. 1 ArbGG.); es hätte den Beschluß allen Beteiligten zustellen lassen müssen (§ 84 Abs. 4); es hätte ihn wohl auch mit einer Rechtsbelehrung versehen. Vor allem aber hätte das ArbG., wenn es wirklich auf diese für das Beschlußverfahren ungewöhnliche Weise hätte verfahren wollen, sicherlich nicht versäumt, in den Gründen die Rechtslage darzulegen und sich mit ihr auseinanderzusetzen. Daraus, daß das ArbG. dies völlig unterlassen hat sowie aus den schon mehrfach hervorgehobenen Äußerlichkeiten der Behandlung der Sache erhellt mit hinreichender Sicherheit, daß das ArbG. vielmehr, dem wortdeutlich gestellten Antrag entsprechend, eine EinstwVerf. i. S. der §§ 935 ff. ZPO. hat erlassen wollen und folgeweise erlassen hat.

So aufgefaßt, ist der Beschluß mit dem Rechtsbehelf des Widerspruchs (§§ 924, 936 ZPO.) — den der Antragsgegner auch vorsorglich neben der Einlegung der Rechtsbeschwerde erhoben hat —, nicht aber mit der Rechtsbeschwerde anfechtbar.

(RArbG., Beschl. v. 25. April 1931, RAG RB 20/31. — Berlin.)
[B.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. **Boethke**, Reichsfinanzrat **Arlt** und Reichsfinanzrat Dr. **Georg Schmauser**, München.

[⋌ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 47 Abs. 1 Nr. 6 RAbgO. a. F., 67 Abs. 1 Nr. 6 n. F. **Hat der Sachberater des Finanzamts die Einspruchsentscheidung nicht unterzeichnet, aber abgefaßt und mitgezeichnet, so braucht seine Mitwirkung bei einer vom Finanzgericht veranlaßten Beweisaufnahme kein wesentlicher Verfahrensmangel zu sein.**

Die RBeschw. ist darauf gestützt, daß ein vom FinA. auf Ersuchen des FinGer. gehörter Sachverständiger von Beamten des FinA. zu Protokoll vernommen worden sei, die bei der Abfassung der EinspruchsEntsch. mitgewirkt hätten (§ 47 a. F., § 67 n. F. Abs. 1 Nr. 6 RAbgO.). Der BeschwF. beruft sich dabei auf die Entsch. des 6. Sen. v. 3. Dez. 1930, VI A 1993/30, StW. 1931 Nr. 63, die wiederum auf eine solche des 3. Sen.: StW. Nr. 652 zurückgeht. Der erk. Sen. sieht sich durch diese amtlich nicht veröffentlichte Rspr., die darauf hinausgeht, die eigentlichen, mit der Sache vertrauten Sachbearbeiter von der Mitwirkung bei Beweiserhebungen in der VerInst. auf Grund der angezogenen bloßen Sollvorschrift der RAbgO. auszuschalten, nicht gebunden (vgl. die Bespr. der ersten Entsch. in StW. 1931, 262). Es kann weiter offenbleiben, ob im vorl. Falle der Ausschließungsgrund nicht schon deshalb hinfällig wäre, weil nur einer der beiden an der Beweisaufnahme beteiligten Beamten und nicht der sie leitende Oberbeamte bei der Abfassung der EinspruchsEntsch. mitgewirkt hat und das BU. außerdem nicht allein auf das Gutachten des einen Sachverständigen gegründet worden ist. Feststeht, daß die EinspruchsEntsch. von einem an der Beweisaufnahme nicht beteiligten Beamten unterzeichnet worden ist. Selbst wenn aber jene Rspr. zuträfe, schlägt der Ausschließungsgrund gegenwärtig jedenfalls deshalb nicht durch, weil die EinspruchsEntsch. zwar auch nach einer ordnungsmäßig von Amts wegen vorgenommenen Nachprüfung der Sache die Richtigkeit der Veranlagungen bestätigt, in erster Linie aber darauf beruht, daß der BeschwF. trotz wiederholter Aufforderungen seine Einsprüche nicht näher begründet und ein angebotenes Sachverständigengutachten nicht abgegeben hatte. Bei dieser Sachlage kann der geltend gemachte Verfahrensmangel nicht als wesentlich anerkannt werden.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 11. Sept. 1931, V A 694/31.)

*

⋌ **2.** §§ 76 Abs. 3 Satz 2, 212 Abs. 2 RAbgO. **Durch eine rechtskräftige Rechtsmittelentscheidung wird auf dem Gebiete der Besitz- und Verkehrssteuern eine Neuveranlagung nach § 212 Abs. 2 RAbgO. nicht ausgeschlossen; nur dürfen die neuen Tatsachen dem FinA. nicht vor der Rechtskraft der Rechtsmittelentscheidung und so frühzeitig bekannt geworden sein, daß sie von ihm noch im Verfahren über die Berufung gegen den ersten Steuerbescheid hätten geltend gemacht werden können. Auch darf bei der Neuaufrollung des Falles nicht von der rechtlichen Beurteilung der Rechtsmittelentscheidung abgewichen werden.**

Auf Grund des Ergebnisses einer bei der OHG. A. & Co. in der Zeit v. 2. Jan. bis 5. Febr. 1929 durchgeführten Buch- und Betriebsprüfung ist eine Neufestsetzung der Gewinne dieser Firma für die Jahre 1925 und 1926 gemäß § 212 Abs. 2 RAbgO. vorgenommen worden. Gegen die ersten einheitlichen Gewinnfeststellungen hatten Rechtsmittel geschwebt. Die Entsch. des FinGer. für 1925 ist am 30. Sept. 1927 und die für 1926 am 18. Juli 1928 ergangen. Beide Entsch. haben Rechtskraft erlangt. Die Streitpunkte, welche zu den bezeichneten Rechtsmittelentscheidungen geführt haben, stehen mit den Tatsachen, welche die Neuveranlagungen zur Folge hatten, in keinem Zusammenhange.

Berufung und RBeschw. gegen die Neufestsetzung waren erfolglos.

Mit der Rechtsfrage hat sich bereits der Umsatzsteuersenat bei der Entsch. über die Umsatzsteuer der Firma A. & Co. für die Jahre 1926 und 1927 befaßt (zu vergl. das Urt. v. 24. Okt. 1930, V A 299/30). Das Urt. erklärt die Neuveranlagung zur Umsatzsteuer für 1926 für gerechtfertigt, weil dem FinA. erst nach Eintritt der Rechtskraft des Steuerbescheids infolge der Buchprüfung die Tatsachen, auf die sich die Neuveranlagung gründet, bekannt geworden seien, und fährt unter 3 fort:

„Dieselben Grundsätze gelten auch für 1927. Die Rechtsbeschwerde findet einen Unterschied darin, daß der Steuerbescheid hier nicht durch Ablauf der Einspruchsfrist rechtskräftig geworden ist, daß die Rechtskraft hier vielmehr beruht auf der Zurückweisung des Einspruchs und der Berufung. Dieser Unterschied rechtfertigt indessen nicht eine verschiedene Behandlung beider Fälle. Denn da die auf der Rechtskraft beruhende Unanfechtbarkeit einer Entsch. der Anwendung von § 212 Abs. 1—3 RAbgO. nicht entgegensteht, so ist nicht einzusehen, wodurch eine andere Behandlung des Falles gerechtfertigt werden sollte, sofern die Entsch. angefochten ist und durch Zurückweisung der Rechtsmittel die Rechtskraft erlangt hat. Auch § 76 Abs. 3 Satz 2 steht nicht entgegen, denn diese Vorschrift steht der Zurücknahme eines BU. durch das **FinGer.** entgegen; sie hindert aber nicht das **FinA.**, nach Zurückweisung der Berufung auf Grund von § 212 eine Neuveranlagung vorzunehmen. In diesen Punkten stimmt der Senat mit den Ausführungen von **Becker** in seinem Erläuterungsbuche zur RAbgO. (7. Aufl. 1930) Anm. 12 zu § 212 überein.

Eine andere Beurteilung hätte nur einzutreten, wenn das FinA. in der Lage gewesen wäre, die Nachforderung noch im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen. Das ist aber, wie das FinGer. feststellt, nicht der Fall. Denn als der Prüfungsbericht am 19. April 1929 beim FinA. einging, war bereits die Berufung durch das Urt. des FinGer. v. 12. März 1929 zurückgewiesen worden."

Diesen Ausführungen schließt sich der erk. Sen. an. Die BeschwF. stützen sich in der Hauptsache auf die Rspr. des 4. Senats, nach der jede Nachforderung gegenüber einer Rechtsmittelentscheidung ausgeschlossen ist. Hierdurch hat der Zoll- und Verbrauchssteuersenat der allein für Zölle und Verbrauchsabgaben durch § 76 Abs. 1 Nr. 1 RAbgO. gewährten Rücknahme- und Änderungsbefugnis eine Grenze gesetzt. Diese besondere Behandlung der Zölle und Verbrauchsabgaben in § 76 Abs. 1 Nr. 1 rechtfertigt es, aus dieser Rspr. keine Folgerungen für die Besitz- und Verkehrssteuern zu ziehen. Auch insoweit wird auf die Ausführungen von **Becker**: StW. 1928, 1241 und 1929, 663 Bezug genommen. Durch die Vorschrift in

§ 76 Abs. 3 RAbgO. ist es den Rechtsmittelbehörden untersagt, eine bekanntgegebene Rechtsmittelentscheidung, außer wenn es sich um eine Einspruchsentscheidung handelt und die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 zutreffen, zurückzunehmen oder zu ändern. Dieses Verbot richtet sich aber nur an die Rechtsmittelbehörde selbst, die die Entsch. erlassen hat. Dagegen steht das Verbot von § 76 Abs. 3 Satz 2 RAbgO. einer Neuveranlagung grundsätzlich nicht entgegen. Das ergibt sich aus § 76 Abs. 2, wonach die Vorschriften über die Neuveranlagung ausdrücklich aufrechterhalten worden sind. Im übrigen ist die Frage, ob ein Rechtsmittelbescheid durch Neuveranlagung geändert werden kann oder nicht, nicht aus § 76 Abs. 3 RAbgO. zu beantworten, sondern aus den Bestimmungen über die Neuveranlagung. Diese lassen eine Neuveranlagung trotz Vorliegens einer rechtskräftigen Rechtsmittelentscheidung zu. Dem steht auch das Urt. des RFH. v. 25. März 1927, II A 66/27 (RFH. 21, 85 = StW. 1927 Nr. 296) nicht entgegen. Nach diesem Urt. wird durch eine rechtskräftige Rechtsmittelentscheidung die Anwendung des § 212 Abs. 3 RAbgO. auf den gleichen Tatbestand, wie er Gegenstand der Entsch. gewesen ist, ausgeschlossen, wenn lediglich eine abweichende rechtliche Beurteilung in Betracht kommt. Eine Neuveranlagung nach § 212 Abs. 2 RAbgO. ist aber nur zulässig, wenn neue Tatsachen bekanntgeworden sind, es sich also um einen **anderen** Tatbestand handelt. Sie wird nur insoweit eingeengt, als bei der Neuaufrollung des Falles nicht von der rechtlichen Beurteilung der Rechtsmittelentscheidung abgewichen werden darf. Darüber hinaus können neue Tatsachen und Beweismittel, soweit sie als erheblich anzusehen sind, trotz der Rechtsmittelentscheidung zu einer Höherfestsetzung der Steuer führen. In diesem Zusammenhang verdient auch die Entsch. v. 28. März 1930, V A 1040/29: StW. 1931 Nr. 453, Bedeutung. Dieses Urt. erklärt eine Neuveranlagung nach § 212 Abs. 2 RAbgO. für unzulässig, wenn die die Neuveranlagung rechtfertigenden Tatsachen dem FinA. **vor** Rechtskraft des Steuerbescheids bekanntgeworden sind und von ihm in dem Verfahren über die Berufung gegen den ersten Steuerbescheid noch hätten geltend gemacht werden können. Daraus ergibt sich die Zulässigkeit der Neuveranlagung für den Fall, daß zur Zeit der Veranlagung eine Rechtsmittelentscheidung vorliegt, die nach Maßgabe von § 76 Abs. 3 RAbgO. nicht mehr geändert werden kann.

Zutreffend hat das FinGer. auch darauf hingewiesen, daß die unbedingte Rechtskraft der Urt. des FinGer. den Bedürfnissen der Steuerverwaltung widersprechen würde. Sie würde auch nicht in Einklang zu bringen sein mit den Interessen, die die Allgemeinheit an der Durchführung einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Besteuerung hat. Allerdings ist das Rechtsmittelverfahren in Steuersachen seinem wesentlichen Kern nach nur eine Fortsetzung des Feststellungsverfahrens. Die Rechtsmittelbehörde hat, soweit sie Tatsacheninstanz ist, die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen (§§ 204, 228 RAbgO.). Diese Verpflichtung zur Aufklärung darf aber nicht überspannt werden. Das steuerliche Ermittlungsverfahren ist kein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren. Einer Überspannung der Aufklärungspflicht steht auch die Rücksichtnahme auf den Pflichtigen selbst entgegen, der nicht über Gebühr belästigt werden soll. Schließlich entspricht es auch dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, einen Steuerpflichtigen trotz Vorliegens einer rechtskräftigen Entsch. des FinGer. noch zu Steuerleistungen heranzuziehen, wenn sich später herausstellt, daß seine Angaben unrichtig gewesen sind oder sonst Tatsachen bekannt werden, die eine höhere Veranlagung rechtfertigen. Aus allen diesen Erwägungen heraus kann eine unbedingte Rechtskraft der finanzgerichtlichen Urt. auf dem Gebiete der Besitz- und Verkehrssteuern nicht zugelassen werden.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 20. Mai 1931, VI A 687/30, S.)

*

3. § 286 RAbgO. 1931. **Betrifft ein Berufungsurteil zwei Steuerforderungen, von denen nur die eine 200 RM übersteigt, und wird mit der Rechtsbeschwerde Freistellung von beiden begehrt, so ist als Wert des Streitgegenstandes der Rechtsbeschwerde der zusammengerechnete Betrag beider Steuerforderungen anzusehen und die Rechtsbeschwerde in vollem Umfange zulässig.**

Die Rechtsbeschwerde, mit der Freistellung von den Nachforderungen begehrt wird, ist nach § 286 in vollem Umfang zulässig. Denn wenn ein BU. zwei Steuerforderungen betrifft, von denen nur die eine 200 RM übersteigt, und mit der Rechtsbeschwerde Freistellung von beiden begehrt wird, ist nach den allgemeinen Regeln über die Streitwertfeststellung (vgl. RFH. 7, 68) als Wert des Streitgegenstandes der Rechtsbeschwerde der zusammengerechnete Betrag beider Steuerforderungen anzusehen. Der Senat schließt sich der Auffassung des 5. Sen. im Urt. v. 7. Aug. 1931, V A 456/31 an.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 22. Sept. 1931, II A 240/31.)

*

× **4.** §§ 6 Abs. 1 Nr. 1—3, 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 12, 13, 16, 38 EinkStG. **Bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung kommen auch regelmäßig Ausgaben auf die Sache selbst, insbesondere auch Prozeßkosten über das Eigentum, als Werbungskosten in Betracht. Sie sind in der Regel auf die Gebrauchsdauer des Gegenstandes verteilt abzusetzen. Bei kleineren Beträgen kann sich auch ein sofortiger voller Abzug rechtfertigen.**

Der BeschwF. hatte im Steuerabschnitt Einkünfte aus Vermietung und aus Kapitalvermögen. Bei ersteren handelte es sich unter anderem um eine Burg. Sie hatte er an einen Arzt vermietet. Wegen einer Zufahrt zu dieser Burg, die die Gemeinde dem BeschwF. streitig machte, ist der BeschwF. mit der Gemeinde in einen Prozeß verwickelt worden, der durch Vergleich erledigt wurde. Im Steuerabschnitt sind daraus dem BeschwF. 228 RM Prozeßkosten erwachsen. Streit besteht, ob diese an den Einkünften aus Vermietung im Steuerabschnitt abgezogen werden dürfen. Der BeschwF. beansprucht dies, da es sich, wie bei Instandsetzungskosten, um Werbungskosten handle, auch durch die Ausgabe das Gesamteinkommen 1929 verringert worden sei. Das FinGer. hat mit dem FinA. den Abzug abgelehnt, da ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Mietseinkünften, wie ihn § 16 EinkStG. erfordere, nicht bestehe, auch nichts dafür vorliege, daß der Mieter in dieser Angelegenheit dem BeschwF. Schwierigkeiten gemacht hätte.

Die RBeschw. ist zulässig, da zwar der Streitwert 200 RM nicht erreicht, das FinGer. sie aber wegen grundsätzlicher Bedeutung des Streites zugelassen hat. Sie ist auch begründet.

Nach § 16 Abs. 1 EinkStG. sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einkünfte. Nach ständiger Rspr. des Sen. ist damit gesagt, daß Aufwendungen, um als Werbungskosten abzugsfähig zu sein, mit **einer der Einkunftsarten des § 6 EinkStG.** in Beziehung stehen müssen. Es irrt also der BeschwF., wenn er meint, die strittigen Prozeßkosten seien schon deshalb von dem einkommensteuerpflichtigen Einkommen abzugsfähig, weil sie sich im gesamten als Minderung des Einkommens des Steuerabschnittes ausgewirkt hätten.

Das Erfordernis dieses Zusammenhangs mit bestimmten Einkünften hat nun zwar für die Einkommensarten des § 6 Abs. 1 Nr. 1—3 EinkStG., bei denen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 EinkStG. der Gewinn als Einkommen versteuert wird, erhebliche Bedeutung nicht. Hier ergibt sich vielmehr eine Erweiterung gegenüber den Erfordernissen des § 16 Abs. 1 EinkStG. daraus, daß bei der Gewinnermittlung in Heranziehung des Bestandsvergleichs und der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (§§ 12, 13 EinkStG.) in erheblichem Umfang Betriebsausgaben und betriebliche Schäden sich gleich den Werbungskosten im engeren Sinne gewinnmindernd auswirken und damit im Ergebnis ebenfalls Werbungskosten darstellen. Wohl aber ist das Erfordernis des Zusammenhanges mit bestimmten Einkünften von besonderer Bedeutung für die anderen Einkunftsarten, bei denen ein Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben als Einkommen versteuert werden muß (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG.). Hier muß sich, auch angesichts dieser Bestimmung der Art der Einkommensermittlung, für Ausgaben, die zum Abzug gebracht werden wollen, dartun lassen, daß sie im besonderen mit den Einnahmen der betreffenden Einkunftsart in ausreichender Verbindung stehen. Aus diesen Gedankengängen heraus ist auch in der Rspr. des Sen. insoweit das Erfordernis unmittelbaren Zusammenhanges mit den Einkünften aufgestellt und verneint worden, daß nur ein mittelbarer Zusammenhang genüge, die Anerkennung als Werbungskosten zu rechtfertigen. Und es ist mehrfach als nicht zureichender, nur mittelbarer Zusammenhang angenommen worden, wenn es sich um eine Aufwendung zur Erhaltung und Sicherung der Substanz gehandelt hat. Diese Unterscheidung und Trennungslinie muß auch im allgemeinen aufrechterhalten bleiben. So kann nach wie vor ein ausreichender unmittelbarer Zusammenhang bei Einkünften aus Kapitalvermögen nicht anerkannt werden, wenn es sich etwa bei Zinseinkünften aus einer Hypothek um einen Streit über die Aufwertung des Kapitals gehandelt hat, oder wenn bei einer Beteiligung an einer GmbH. zur Stützung der Gesellschaft Gelder in den Betrieb selbst hineingesteckt worden sind. Zuzugeben ist dem BeschwF. aber, daß sich die Trennung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Zusammenhang bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht streng aufrechterhalten läßt. Der Besonderheit dieser Einkünfte wird man nicht ausreichend gerecht, wenn mit den Einnahmen hier stets allein die Ausgaben des Steuerabschnitts in Verbindung gebracht werden. Hier handelt es sich um der Abnutzung unterliegende Anlagewerte, regelmäßig zur Benutzung und Verwendung auf längere Zeit. Für sie rechtfertigt sich also schon aus § 16 Abs. 2, 3 EinkStG. eine Berücksichtigung auch von Aufwendungen zur Anschaffung und Herstellung, die auf die ganze Benutzungsdauer verteilt absetzungsfähig sein müssen, auch wenn sich insoweit für einen Steuerabschnitt eine besondere Ausgabe nicht ergibt (vgl. **Becker**, EinkStG., § 16 Anm. 43 a; II 1 S. 549). Hier rechtfertigt sich anderweit auch für die Abnutzung im einzelnen Jahre eine Berücksichtigung, ohne daß im einzelnen zu untersuchen sein kann, ob die Abnutzung unmittelbar auf den Gebrauch eines Mieters oder Pächters zurückzuführen ist. Es werden deshalb hier auch allgemeinhin Abnutzungsabsetzungen aus dem Anschaffungs- und Herstellungswert und solche in Verteilung auf die Gebrauchsdauer für nachträgliche bauliche Auf-

wendungen zugelassen, die sich auf längere Zeit, als auf einen Steuerabschnitt, auswirken. Dabei handelt es sich aber in der Tat nach beiderlei Richtung um Ausgabeposten, die in erster Linie die Substanz und nur mehr oder weniger mittelbar die Einkünfte als solche betreffen. Das muß bei diesen Einkünften weiter dazu führen, daß auch Kosten aus Streitigkeiten wegen des Gegenstandes selbst, die der Sicherung des Anschaffungs- oder Herstellungswertes dienen, regelmäßig verteilt auf die Gebrauchsdauer, als Werbungskosten zum Abzug zugelassen werden müssen, wenn sie nicht **völlig** außer Beziehung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sind. Die Weiterführung der Erwägungen, die dazu geführt haben, bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung laufenden Erhaltungsaufwand, der ebenfalls zunächst die Substanz betrifft, zu alsbaldigem Abzug als Werbungskosten zuzulassen, ohne daß untersucht wird, ob er unmittelbar auf den Gebrauch eines Mieters oder Pächters zurückzuführen ist, rechtfertigt es aber endlich auch, für Aufwendungen geringerer Höhe zur Sicherung des Gegenstandes, wie im besonderen die Kosten eines Rechtsstreites wegen einer Zufahrt zu einem Mietshaus dann auch ohne Verteilung auf die Gebrauchszeit den sofortigen Abzug im Steuerabschnitt des Anfalls zuzulassen, wenn es sich um kleinere Ausgabenbeträge handelt (vgl. auch RFH. 25, 151—158). So liegt die Sache aber hier.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 8. Juli 1931, VI A 936/31 S.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. **Zielke**, Landgerichtsdirektor **Kersting**, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

O 1. 1. §§ 1668, 1679, 1697 RVO.; § 36 OVersAVO. **Urteile der Sozialversicherungsgerichte müssen einen klaren Tenor, einen Tatbestand und Gründe enthalten, sonst liegen wesentliche Mängel des Verfahrens vor, die zur Aufhebung führen.**

2. § 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO.; § 12 RVersorgG. **Unterschied zwischen den Begriffen Arbeitsunfähigkeit und Minderung der Erwerbsfähigkeit.**

Die Entscheidungsformel des angefochtenen Urteils „die Vorentsch. des VersA. K.-Stadt v. 16. Aug. 1929 wird zurückgewiesen“ gibt überhaupt keinen Sinn. Anscheinend hat das OVA. die Vorentsch. **aufheben** wollen; dann hätte es aber zugleich, da die Vorentsch. den Anspruch des Kl. abgewiesen hatte, gem. §§ 1668, 1679 RVO. bestimmt darüber entscheiden müssen.

Das Urteil enthält ferner keine ausreichende Begründung. Die nur neun Zeilen umfassenden Gründe werden in keiner Weise den Bestimmungen des § 36 VO. über Geschäftsgang und Verfahren der OVersA. v. 24. Dez. 1911 (OVAVO.) gerecht. Nach § 36 enthält das Urteil außer den Gründen eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grund der genannten Verhandlungen unter Hervorhebung der in der Sache gestellten Anträge (Tatbestand). Ein Tatbestand ist überhaupt nicht vorhanden, und die Gründe können als solche nicht anerkannt werden.

Es liegt also auch ein Verstoß wider den klaren Inhalt der Akten vor. Da der Kl. mit der Klage Zahlung von Versorgungskrankengeld im Anschluß an seine am 19. Sept. 1928 erfolgte Aussteuerung bei der Krankenkasse verlangt, hätte das OVersA. sorgfältig prüfen müssen, ob der Kl. infolge seiner anerkannten Versorgungsleiden über den 19. Sept. 1928 hinaus arbeitsunfähig gewesen ist (vgl. EuM. 26, 201 Nr. 90), und wie lange. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das OVersA. fälschlich von einer „im Rahmen der durch das Urteil des VersorgGer. zuerkannten Erwerbsfähigkeit“ bestehenden Arbeitsfähigkeit spricht. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit gehört in das Gebiet der Reichsversorgung, der Unfall- und der Invalidenversicherung. Die Arbeitsunfähigkeit bezieht sich auf den zuletzt ausgeübten Beruf; es ist die auf Krankheit beruhende Unfähigkeit des Berechtigten, „seine“ Arbeit oder mindestens eine ähnlich geartete leichtere Erwerbstätigkeit (SächsOVG.: Reger 1923, 87) zu verrichten (vgl. **Hahn-Kühne**, Handb. der Krankenversicherung, 10. und 11. Aufl., S. 269 f. Anm. 6a zu § 182). Die Minderung der Erwerbsfähigkeit bezieht sich auf den allgemeinen Arbeitsmarkt; sie ist für die Rentenversorgung von Bedeutung und kann, wie übrigens auch in dem Erlaß des RArbM. v. 19. Febr. 1931, I b 49/31: Die Deutsche Landkrankenkasse 1931, 182, gesagt wird, nicht ohne weiteres mit der Arbeitsunfähigkeit in Zusammenhang gebracht werden. Vor allem ist es irrig, von einer Arbeitsfähigkeit zu sprechen, die auf den durch den Grad der Rentenversorgung bemessenen Rest von Erwerbsfähigkeit abgestellt wird. Damit entfernt man sich notwendig von den für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit maßgebenden Berufsarbeiten des Versorgungsberechtigten und verläßt so den Grundgedanken des Versorgungsrechts, daß der Versorgungsberechtigte hinsichtlich der Auswirkungen der anerkannten Dienstbeschädigung dem gegen Krankheit Versicherten gleichstehen soll. Beruhte die Arbeitsunfähigkeit nur zum Teile auf dem Versorgungsleiden, so wären die Gesichtspunkte der RevEntsch. des RVersA. v. 14. Nov. 1929 (EuM. 26, 201 ff. Nr. 91), die RevEntsch. 3798, ANachrfRVers. 1930, IV 320; EuM. 27, 400 ff. Nr. 153, zu beachten. Zu prüfen wäre auch, wie es mit der mit dem Versorgungskrankengeldanspruch begriffsmäßig verbundenen Heilbehandlung steht (§ 12 Abs. 1 RVersorgG. und EuM. 29, 46 ff., bes. S. 50 Nr. 19), dies alles aber unter der Voraussetzung des § 12 Abs. 2 Satz 2 RVersorgG., daß nämlich das Einkommen des Kl. durch die Erkrankung gemindert ist.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 16. April 1931, IIa K 279/30[1].) [K.]

*

2. §§ 55, 58 RKnappschG. **Über Ersatzansprüche kann im Spruchverfahren nach der RVO. und dem RKnappschG. nur insoweit entschieden werden, als ein auf diesen Gesetzen beruhender und dort geregelter Anspruch verfolgt wird. Andere Ansprüche sind von den ordentlichen Gerichten zu verfolgen.**

Mit Recht hat das Knappschaftsoberversicherungsamt nach §§ 55, 58 RKnappschG. a. F. verneint, daß die beklagte Reichsknappschaft auf Grund des Entziehungsbescheids v. 30. Aug. 1928 ihre Pensionsleistungen bis zum 30. Juni 1926 zurückfordern und gegen ihre v. 1. Sept. 1928 an zu gewährenden Leistungen aufrechnen könne. Auch die Revisionsrüge der Bekl., daß das Knappschaftsoberversicherungsamt unterlassen habe, ihren Anspruch auf Rückerstattung der bis zum 30. Juni 1926 gezahlten Pensionsbeträge aus § 823 BGB. zu prüfen, geht fehl. Sie stützt ihre Forderung darauf, Kl. habe wissentlich verschwiegen, daß er bei und nach Bewilligung der Alterspension seine frühere Tätigkeit als Hauer unverändert fortgesetzt habe. Sein Verhalten erfülle den Tatbestand des § 263 RStGB. und begründe die Rückerstattung aus § 823 BGB. Aus diesem Vorbringen ergibt sich, daß es sich um einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch handelt. Nach ständiger Rspr. kann aber über Ersatzansprüche im Spruchverfahren nach dem RKnappschG. und der RVO. nur insoweit entschieden werden, als ein auf dem RKnappschG. beruhender und dort geregelter Anspruch verfolgt wird.

(RVersA., 3. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 9. Mai 1930, IIIa Kn 971/29[3] u. 1061/29[3].) [K.]

*

3. Ist streitig, ob die Reichsknappschaft oder eine Landesversicherungsanstalt der aus dem Versicherungsverhältnis verpflichtete Versicherungsträger ist, so ist, wenn der Kl. seinen Anspruch auf das Versicherungsverhältnis zu ersterer stützt, die Entscheidung über den Anspruch dem für die Ansprüche gegen diese geltenden besonderen Rechtszuge des Reichsknappschaftsgesetzes unterworfen. Zur Vereinheitlichung des Verfahrens kann die Landesversicherungsanstalt als Beteiligte beigeladen werden mit dem Ziele einer Entscheidung gegenüber dem einen oder dem anderen Versicherungsträger.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 20. März 1930, IIIa Kn 320/29[2].) [K.]

Reichsversorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. **Arendts**, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt.]

1. Nach § 101 Abs. 3 Satz 2 VerfG. i. d. Fass. der VO. des RPräs. v. 5. Juni 1931 **ist der Rekurs gegen eine Verfügung des Vorsitzenden der Spruchkammer des VersorgGer. nur dann zulässig, wenn der Anspruch in vollem Umfange rekursfähig ist. Ist der Anspruch teils rekursfähig (Dienstbeschädigungsfrage), teils nicht rekursfähig (z. B. Verschlimmerung des Rentenleidens), so ist der Antrag auf mündliche Verhandlung vor der Spruchkammer gegeben.**

(RVersorgGer., Entsch. gem. § 34a VerfG. v. 31. Aug. 1931, M Nr. 24165/31, 8, Grds. E.)

*

****2. Gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden, die gem. § 62 RVersorgG. i. d. Fass. der 2. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931, Zweiter Teil, Kap. IV, Art. 1 Nr. 20 das Ruhen solcher Versorgungsgebührnisse anordnen, auf welche bis zum Inkrafttreten dieser VO. die Vorschrift des § 62 RVersorgG. in der früheren Fassung nicht angewendet worden ist und die deshalb ungekürzt gezahlt worden sind, ist die**

Berufung zulässig; insbes. handelt es sich in solchen Fällen nicht um die „Umrechnung“ i. S. des Art. 5 Abs. 4a a. a. O.

(RVersorgGer., Entsch. gem. § 34a VerfG. v. 5. Aug. 1931, M Nr. 22119/31, 1.)

*

3. Die Unterlassung von Beweiserhebungen durch die Verwaltungsbehörde berechtigt das VersorgGer. zur Zurückverweisung nach § 126 Abs. 1 VerfG. nur dann, wenn darin ein wesentlicher Mangel des Verfahrens (ungenügende Aufklärung des Sachverhalts) liegt. Lediglich eine andere Würdigung des Sachverhalts rechtfertigt die Zurückverweisung nicht.

(RVersorgGer., Urt. v. 14. Sept. 1931, M Nr. 17192/31, 8, Grds. E.)

*

4. Hat das VersorgGer. in einem Falle, in dem Rekurs ausgeschlossen ist, unter Abweichung von einer amtlich veröffentlichten grundsätzlichen Entscheidung des RVersorgGer. entgegen der Abgabepflicht des § 129 VerfG. selbst entschieden, so ist der Rekurs zulässig.

(RVersorgGer., Urt. v. 12. Okt. 1931, M Nr. 2608/31, 7, Grds. E.)

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

1. Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 68 RAbgO. Nachsicht wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist. Ist rechtzeitige Absendung der Rechtsmittelschrift durch gewöhnlichen Brief schlüssig behauptet, aber nicht glaubhaft gemacht, so muß nach Treu und Glauben die Glaubhaftmachung als erfolgt gelten, wenn die empfangende Behörde der Dienstvorschrift zuwider den Briefumschlag nicht aufbewahrt hat.

Die Entsch. des GrundstBerAussch. ist der StPfl. am 16. Juli 1930 zugestellt worden. Ihre v. 15. Aug. 1930 datierte RBeschw. ist beim Vors. des GrundstAussch. jedoch erst am 18. Aug. eingegangen. Dies war verspätet. Denn nach den gem. § 8 Abs. 1 HauszinsStVO. i. Verb. m. § 10 Abs. 1 GrVermStG. anzuwendenden Bestimmungen der RAbgO. (§§ 230, 231) war die Monatsfrist für die Einlegung der RBeschw., die mit dem Ablaufe des 16. Juli 1930 zu laufen begonnen hatte, mit dem Ablaufe des 16. Aug. 1930 verstrichen. Vom Vors. des Senats auf die Versäumung der Rechtsmittelfrist und die Möglichkeit der Nachsichtgewährung hingewiesen, hat die BeschwF. darzulegen versucht, daß nicht sie, sondern die Post eine Schuld an der Fristversäumnis treffe, weil im ordnungsmäß. postalischen Geschäftsgange die Beschwerdeschrift v. 15. am 16. Aug., also noch rechtzeitig, hätte eingegangen sein müssen. Sie bat daher um Gewährung von Nachsicht.

Der Briefumschlag, auf dem der Poststempel sich befinden mußte, ist nach den Ermittelungen vom Vors. des GrundstAussch. nicht aufbewahrt worden und nicht mehr vorhanden.

Nach den §§ 68, 236 RAbgO. i. Verb. m. § 8 Abs. 1 HauszinsStVO. und § 10 Abs. 1 GrVermStG. (vgl. auch § 21 Abs. 1 das. und Ziff. 148 ff. AusfAnw. z. GrVermStG. v. 26. Febr. 1923 [PrFMBl. 98; OVG. 80, 18]) kann Nachsicht wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist beantragen, wer ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten. Diese Voraussetzung ist im vorl. Falle als erfüllt anzusehen. Gemäß Ziff. 213 bis 216 der gen. AusfAnw. hat der Vors. des StAussch. die RBeschw. unter Beifügung der Akten dem Vors. des BerAussch. vorzulegen, der die RBeschw. nebst allen zugehörigen „Unterlagen“ an das OVG. abzugeben hat. Eine ähnl. Sammlung und Einsendung der erforderl. Unterlagen, insbes. zum Zwecke der Prüfung der Formalien, ist für das Verfahren bei den Berufungen in Ziff. 201 Satz 2 AusfAnw. vorgeschrieben. Daß im Falle verspäteten Rechtsmitteleinganges, von dem in Ziff. 201 u. 214 a. a. O. ausdrücklich die Rede ist, zu jenen Unterlagen auch die Briefumschläge gehören, auf denen sich der Eingangsstempel der Post befindet, ist selbstverständlich. Denn aus ihnen kann urkundlich festgestellt werden, wann ein Brief zur Post gegeben ist, und demgemäß berechnet werden, wie lange der Brief gebraucht hat, um seinen Bestimmungsort zu erreichen. Hieraus läßt sich dann ein Schluß auf die Schuld oder Nichtschuld des Absenders ziehen. Im vorl. Falle ist jenes Beweismittel (der Umschlag eines gewöhnl. Briefes), das zugunsten oder zuungunsten der StPfl. hätte herangezogen werden können, bei dem Vors. des GrundstAussch. in Verlust geraten. Es fragt sich, welche Schlüsse hieraus bei Entsch. über den Nachsichtantrag zu ziehen sind.

Daß die BeschwF. zwecks Einlegung der RBeschw. sich des gewöhnl. postal. Briefes bediente, für dessen Verlust oder Verzögerung die Post nicht haftet, und über dessen Einlieferung (bei der EinliefPostanstalt) und Bestellung (bei der BestPostanstalt) Urkunden nicht aufgenommen werden, kann ihr keinesfalls als Verschulden angerechnet werden. Der gewöhnl. Brief ist heute das normale Nachrichtenbeförderungsmittel; mit seiner rechtzeit. Ankunft kann nach den Einrichtungen der Reichspost gerechnet werden. Für den Fall, daß der Brief vor seiner Aushändigung an den Adressaten in Verlust gerät, muß allerdings der Absender den Beweis rechtzeit. Absendung sich sichern; die Möglichkeit ist ihm dadurch gegeben, daß er die Rechtsmittelschrift im eingeschr. Briefe zur Post gibt (RFH.: StW. I Nr. 868 Sp. 879). Aber auch ein Zeugenbeweis ist zulässig und muß Erfolg haben, wenn er in schlüssiger Weise über den Inhalt des Briefes und den Zeitpunkt seiner Aufgabe zur Post geführt werden kann und wenn daraus die rechtzeit. Absendung sich ergibt. Weder im Falle des Verlustes noch, wie hier, im Falle der Verspätung der Ankunft des Briefes kann etwa ein Verschulden der Post oder ihrer Beamten, wenn ein solches vorliegt, dem Absender als eigenes Verschulden zugerechnet werden. Der § 68 Satz 2 RAbgO., der eine solche Zurechnung ausspricht hinsichtlich des Verschuldens „eines gesetzl. Vertreters oder eines Bevollmächtigten“, trifft hier nicht zu. Denn unter einem „Bevollmächtigten“ ist nur ein solcher im Rechtssinne zur Wahrnehmung des Rechtsschutzes des StPfl. oder wenigstens zur Einlegung von Rechtsmitteln zu verstehen; daher fällt ein privater Bote nicht unter diesen Begriff (RFH. 11, 135; Mrozeks Steuerkartei, Rechtsspr. 5 zu § 68 Satz 2 RAbgO.). Die Post hat aber im Beförderungsverkehre nur die Stellung eines Boten; sie kennt nicht und darf nicht kennen den Inhalt und Zweck eines verschlossenen Briefes (Scholz: Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts Bd. V Abt. 2 S. 642 f. u. ArchBürgR. 31, 94 f.).

Ist nun ein gewöhnl. Brief, der die Rechtsmitteleinlegung enthält, verspätet zugegangen, so hat der Rechtsmittelführer, da ein Verschulden der Post oder der empfangenden Behörde ihm nicht zuzurechnen ist, gem. § 69 Abs. 2 RAbgO. die Rechtzeitigkeit der Absendung glaubhaft zu machen. Rechtzeitig ist die Absendung, wenn sie zeitlich derart erfolgt, daß im gewöhnl. Geschäftsverkehre mit rechtzeitigem Zugehen gerechnet werden kann. Bei Absendung am letzten Tage der Frist ist dies in der Regel nicht mehr der Fall (RFH. 24, 31). Wenn aber, wie hier behauptet, am Tage vor Ablauf der Frist an das nur wenige Kilometer entfernte, für die Wohnung der Absenderin örtlich zuständige Katasteramt der Brief zur Post gegeben wurde, so muß dies als rechtzeitig gelten. Die BeschwF. hat diese Behauptung nicht glaubhaft gemacht. Hätte aber das Katasteramt (Vors. des GrundstAussch.), wie es seine Dienstpflicht war (Art. 213—216 AusfAnw.), den Briefumschlag aufbewahrt, so hätte hieraus die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung der BeschwF. durch öffentl. Urkunde (Poststempel) sich ergeben. Jene Vorschriften der AusfAnw. sind zwar keine Rechtsnormen, sondern interne Dienstanweisung. Ein StPfl. kann regelmäßig auf deren Verletzung Rechtsansprüche nicht gründen. Es würde aber den Grundsätzen von Treu und Glauben, Grundsätze (§ 242 BGB.), die auch im öffentl. Rechte Geltung haben (OVG. 82, 305; 84, 158, 175, 301; RG. 112, 221[1]), 224, 225), widersprechen, wenn ein Steuergericht das Begehren eines StPfl. an dem Mangel der Glaubhaftmachung scheitern ließe, obwohl ein einwandfreies Beweismittel, das die Behauptung des StPfl. zu beweisen geeignet sein kann, im Besitz einer nachgeordneten Behörde sein müßte und lediglich infolge der Nichtbeachtung einer Dienstvorschrift dort nicht mehr vorhanden ist. Diese Grundsätze müssen dahin führen, daß in Fällen der vorl. Art es so anzusehen ist, als berufe der Rechtsmittelführer zum Zwecke der ihm obliegenden Glaubhaftmachung sich auf das Beweismittel, das sich in den Händen der Behörde befinden muß, und daß, wenn dies Beweismittel den Dienstvorschriften zuwider nicht aufbewahrt worden ist, in entspr. Anwendung des in § 162 BGB. enthaltenen Rechtsgedankens es so anzusehen ist, als habe die Berufung auf dies Beweismittel den erstrebten Erfolg gehabt (vgl. RFH. 22, 234: Die Fristüberschreitung sei entschuldigt, wenn der StPfl. in einer Rechtsfrage sich auf denselben Standpunkt gestellt hat wie die AusfBest.). Die Glaubhaftmachung rechtzeitiger Absendung der RBeschw. ist daher im vorl. Falle als geführt zu erachten und Nachsicht wegen Versäumung der RBeschwFrist zu gewähren.

(PrOVG., 6. Sen., Entsch. v. 24. März 1931, VI D 319/30.)

*

2. § 15 BauFlLinG. v. 2. Juli 1875 Anliegerbeiträge. Der dem Zivilrecht entnommene Grundsatz, daß aus einem rechtskräftig gewordenen Urt. gegen eine OHG. eine Art von actio judicati gegen die persönlich haftenden Gesellschafter stattfindet, kann auf die völlig andersgearteten Verhältnisse der öffentlich-rechtlichen Heranziehung zu Anliegerbeiträgen aus dem BauFlLinG. v. 2. Juli 1875

---

[1]) JW. 1926, 792.

keine Anwendung finden. Es ist vielmehr eine besondere und selbständige Heranziehung der Gesellschafter erforderlich, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß in ihr materiell nur die Feststellung getroffen wird, daß die Gesellschafter gem. § 128 HGB. für eine bereits entstandene Gesellschaftsschuld auch persönlich haften. Daraus ergibt sich, daß für ihre Haftung der Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaftsschuld gem. § 128 HGB. entscheidend ist. †)

Der bekl. Magistrat hatte die Firma L. & Co. zu Anliegerbeiträgen herangezogen. Ihr Einspruch wurde zurückgewiesen.

Späterhin nahm der Bekl. die persönl. haftenden Gesellschafter der OHG. L. & Co., nämlich M. und S. L., für die gleichen Anliegerbeiträge in Anspruch. Zunächst ließ der Bekl. ihnen eine Zahlungsaufforderung zugehen, deren Bezahlung verweigert wurde, insbes. weil gegen M. und S. L. persönlich ein Vollstreckungstitel noch gar nicht vorliege. Nunmehr richtete der Bekl. an die M. und S. L. unter der Überschrift „Ausschreibung von Anliegerbeiträgen" eine formelle Heranziehungsverfügung. Die Klage von M. und S. L. wies der BezAussch. ab mit der Begründung, daß eine rechtskräftige Heranziehung der Gesellschaft L. & Co. vorliege, da der ihr erteilte Einspruchsbescheid ordnungsmäßig zugestellt und infolge Nichterhebung der Klage rechtskräftig geworden sei. Unter sinngemäßer Anwendung der im Zivilprozeß zugelassenen actio judicati aus einem gegen die Gesellschaft selbst ergangenen rechtskräftigen Urt. gegen die persönlich haftenden Gesellschafter sei die Heranziehung der einzelnen Gesellschafter auf der Grundlage der rechtskräftigen Heranziehung der Gesellschaft zu dem streitigen Anliegerbeitrage zulässig gewesen.

Das OVG. wies die Rev. der Kl. zurück.

Zwar konnte der Gerichtshof den Ausführungen des BezAussch. nicht folgen, soweit er annimmt, daß, ähnlich wie im Zivilprozeß, aus einem gegen eine OHG. ergangenen rechtskräftigen Erkenntnis eine Art von actio judicati gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zulässig sei (vgl. Komm. von Staub-Koenige zum HGB., 12./13. Aufl., Anm. 25 zu § 124), so auch lediglich auf der Grundlage einer rechtskräftigen öffentlich-rechtlichen Heranziehung der Gesellschaft selbst zu Anliegerbeiträgen eine Heranziehung der persönlich haftenden Gesellschafter Platz greife. Der Gerichtshof hält eine solche Übertragung aus dem Privatrecht entnommener Gedanken auf das Judikatklage einer besonderen und selbständigen Heranziehung zu Abgaben, insbes. auch zu Anliegerbeiträgen aus § 15 BaufluchtlG. v. 2. Juli 1875, nicht für angängig. Es bedarf vielmehr statt der Judikationsklage einer besonderen und selbständigen Heranziehung der Gesellschafter, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß in ihr materiell nur die Feststellung getroffen wird, daß die Gesellschafter gem. § 128 HGB. für eine bereits entstandene Gesellschaftsschuld nunmehr auch persönlich herangezogen werden. Damit entfällt auch die Bedeutung der von den Kl. erhobenen Einwendungen gegen die Rechtskraft des der Gesellschaft selbst erteilten Einspruchsbescheids.

Eine solche formell und materiell ausreichende Heranziehung der persönlich haftenden Gesellschafter erachtet der Gerichtshof für vorliegend. (Es folgen dies begründende Ausführungen.)

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 30. Juni 1931, II C 181/30.)

*

3. § 94 PrLVG. **Verletzung der richterlichen Fragepflicht im preußischen Verwaltungsstreitverfahren.** †)

Es handelt sich um das Rechtsmittel der Rev., die nach § 94 LVG. nur Erfolg haben kann, wenn entweder die angefochtene Entsch. auf der Nichtanwendung oder auf der unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechtes beruht oder wenn das Verfahren an wesentlichen Mängeln leidet. Keins von beiden ist hier der Fall.

Die von der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. angeführten Änderungen der örtlichen Verhältnisse sind neue Tatsachen. In der Klageschrift ist ausdrücklich auf die Ausführungen im Vorprozesse Bezug genommen, die in vollem Umfange wiederholt würden; in der Berufungsschrift ist das Vorbringen erster Instanz wiederholt, weitere Tatsachen in der gedachten Richtung sind auch in der mündlichen Verhandlung vor dem BezAussch. nicht vorgebracht worden. Insbes. findet sich in keinem Schriftsatze der Kl. ein Bestreiten der Richtigkeit der tatsächlichen und örtlichen Feststellungen aus der örtlichen Verhandlung v. 22. Jan. 1927. Die bezügliche Behauptung der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem OVG. muß daher als in der RevInst. unzulässige Behauptung neuer Tatsachen abgelehnt werden. Gegenüber dem geschilderten Vorbringen der Kl. bestand für den BerR. keine Veranlassung, das richterliche Fragerecht dahin auszuüben, ob die Kl. den im Vorprozesse bei der Ortsbesichtigung festgestellten Sachverhalt noch anerkennen oder nachträglich eingetretene Änderungen behaupten wolle. Der Vorderrichter war vielmehr, ohne daß ihn der Vorwurf eines Verfahrensmangels trifft, befugt, den in dieser Ortsbesichtigung etwa zwei Jahre zuvor festgestellten Sachverhalt seiner Entsch. zugrunde zu legen.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 23. Okt. 1930, IV C 24/30.) [Gs.]

2. Hessen.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von RA. Horch, Mainz.

4. Art. 50 HessVerwRPflG. **Nicht jedes Interesse, das Dritte an der zu erlassenden Entscheidung haben, rechtfertigt ihre Beiladung zur mündlichen Verhandlung. Als Voraussetzung für die Beiladung Dritter ist vielmehr ein privates, rechtliches oder tatsächliches Interesse zu fordern, das nach freiem Ermessen des Gerichts so erheblich ist, daß es Berücksichtigung verdient.**

Nach Art. 50 HessVerwRPflG. kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen Dritte, deren Interesse durch die zu erlassende Entsch. berührt wird, zur mündlichen Verhandlung beiladen. In einem auf Grund des GaststättG. wegen Erteilung der Schankerlaubnis für alkoholfreie Getränke an ein Warenhaus schwebenden Verfahren hat ein benachbarter Wirt seine Beiladung mit der Begründung beantragt, sein Interesse werde durch die zu treffende Entsch. berührt, da zu befürchten sei, daß Gäste seiner Wirtschaft abwandern. Der ProvAussch. hat die Beiladung abgelehnt. Die Beschwerde des Wirtes wurde von dem VGH. verworfen.

Wie der VGH. wiederholt entschieden hat (vgl. VGH. I, 257; III, 227), besteht kein Recht auf Beiladung von Amts wegen oder auf Genehmigung eines Beiladungsantrags, vielmehr muß es ausschließlich dem diskretionären Ermessen des erkennenden Gerichts überlassen bleiben, eine Beiladung von Amts wegen oder auf Antrag zu beschließen. Eine Nachprüfung in der BeschwInst. ist deshalb nur nach der Richtung möglich, ob gemäß der grundlegenden Voraussetzung des Art. 50 I VerwRPflG. für jede Beiladung das Interesse des Dritten durch die zu erlassende Entsch. berührt wird oder nicht. Da öffentliche Interessen von den Beigeladenen niemals wahrgenommen werden dürfen, diese Aufgabe vielmehr ausschließlich den nach dem Gesetz hierzu berufenen Behörden und Verwaltungsorganen zufällt (vgl. VGH. I, 257), war lediglich die Frage zu prüfen, ob das private Interesse, das BeschwF. an der Angelegenheit zu haben behauptet, durch die zu erlassende Entsch. derart berührt wird, daß seine Beiladung zur mündlichen Verhandlung nach dem Ermessen des Gerichts gerechtfertigt oder gar geboten erscheint.

Diese Frage ist zu verneinen. Es soll nicht bestritten werden, daß der BeschwF. ein privates Interesse daran hat, daß nicht unmittelbar Wand an Wand mit seinem eigenen Kaffeehausbetrieb ein Konkurrenzunternehmen aufgetan wird. Insofern wird der

---

Zu 2. Ob man die Heranziehung der Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt einer actio judicati betrachten will oder nicht, ist in der Sache ohne Bedeutung. Mag grundsätzlich die Übertragung privatrechtlicher Gedanken auf das Gebiet des öffentlichen Rechts unzulässig sein, so beruht im vorliegenden Falle die Entsch. doch unmittelbar auf dem Privatrecht, nämlich auf dem Grundsatz des § 128 HGB., wonach die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG. als Gesamtschuldner haftbar sind. Von diesem Grundsatz ausgehend, versagt das OVG. den Gesellschaftern mit Recht Einwendungen, die der OHG. gegen den Abgabeanspruch zustehen würden. Die Rechtslage ist also genau wie im Zivilrecht; den Gesellschaftern stehen nur Einwendungen aus der eigenen Person, z. B. aus persönlichen Befreiungsgründen zu, weil es sich nur noch um die Frage ihrer Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht aber um die Feststellung der Gesellschaftsschuld handelt (vgl. RG. 3, 57; 5, 71; 13, 96; 34, 365).

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Zu 3. Das OVG. findet in dem Unterlassen des Bestreitens der Richtigkeit gewisser Feststellungen in Verbindung mit der Behauptung in der mündlichen Verhandlung vor dem OVG., die örtlichen Verhältnisse hätten sich geändert, eine in der RevInst. unzulässige Behauptung neuer Tatsachen. Es verneint ihr gegenüber das Bestehen einer Fragepflicht des Vorderrichters, ohne grundsätzlich die Frage zu entscheiden, ob die Nichtausübung des Fragerechts einen Revisionsgrund darstellt. Immerhin muß ein Fortschritt darin erblickt werden, daß der Senat die Rüge der Kl. nicht mit der Behauptung abtut, Verletzung der Fragepflicht sei überhaupt kein Revisionsgrund.

Das Verwaltungsstreitverfahren soll ein Verfahren von Amts wegen sein. Die ZPO. steht auf dem Boden der Dispositionsmaxime. Obwohl hiernach die Parteien die Verfügung über den Streitstoff haben, obliegt dem Zivilprozeßrichter die Pflicht, Unklarheiten durch Ausübung des Fragerechts zu beseitigen (§ 139 ZPO.). Um so mehr muß zufolge des Offizialprinzips dem Verwaltungsrichter diese Pflicht obliegen, soll nicht sein vielgerühmter Vorzug vor dem Zivilrichter in bezug auf Ermittlung der Wahrheit zur Redensart herabsinken. Dies immer wieder hervorzuheben, ist desto notwendiger, als in dem Entw. des Ges. über das RVerwG., der zur Zeit (3. März 1931) dem Reichsrat vorliegt, der Rechtsbeschwerdegrund der Nichtausübung des Fragerechts nicht erwähnt ist.

RA. Dr. Görres, Berlin.

BeschwF. durch die zu erlassende Entsch. gewiß berührt werden. Aber dieses Interesse genügt keinesfalls, um ihm im Rahmen des Art. 50 I VerwRPflG. Berücksichtigung zuteil werden zu lassen. Nicht jeder ist nach Art. 50 I VerwRPflG. am Verfahren zu beteiligen, der sich dafür interessiert oder der durch den Ausgang des Verwaltungsstreitverfahrens angenehm oder unangenehm berührt wird. Wenn man der Auffassung des BeschwF. beitreten wollte, daß sein Interesse an der Nichtkonzessionierung ihm einen Anspruch auf Beiladung zur mündlichen Verhandlung eröffne, so könnte man das gleiche Recht allen anderen Personen nicht versagen, die ein mehr oder minder großes Interesse daran haben, daß in dem Geschäft der Antragstellerin eine Tasse Kaffee oder ein Mittagessen zu besonders billigem Preise verabreicht werden kann oder nicht. In diesem Sinne interessiert hieran sind zweifellos alle übrigen Inhaber von Gaststätten, darüber hinausgehend diejenigen Bevölkerungskreise, die ihr Interesse an der Nichterteilung der nachgesuchten Konzession bereits dargetan haben, und schließlich sogar die gesamte Verbraucherschaft. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Interpretation des Art. 50 I VerwRPflG. zu absurden Ergebnissen führen müßte. Dem Zweck und dem Sinn des Art. 50 I wird nur eine stark einschränkende Auslegung gerecht, wonach als Voraussetzung für die Beiladung ein rechtliches oder tatsächliches Interesse gefordert werden muß, das nach freiem Ermessen des Gerichts so erheblich ist, daß es Berücksichtigung verdient. Das bloße Interesse aber, das BeschwF. an dem Nichtaufkommen eines lästigen Konkurrenzunternehmens hat, kann als i. S. des Art. 50 I VerwRPflG. berücksichtigenswert nicht anerkannt werden.

Hinzu kommt, daß das geltende Recht bei der Beurteilung der Anträge auf Verleihung von Schankkonzessionen die Geltendmachung privater Interessen ausdrücklich verbietet. § 2 Satz 2 AusfVO. v. 21. Juni 1930 bestimmt, daß die persönlichen Interessen des Antragstellers oder anderer an der Erteilung der Erlaubnis beteiligter Personen bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen sind. Wenn hiernach schon die Berücksichtigung der persönlichen Interessen des Antragstellers oder der an der Erteilung der Erlaubnis beteiligten Personen ausdrücklich verboten ist, so muß dieses Verbot noch vielmehr für solche Personen gelten, die, wie der BeschwF., noch nicht einmal an dem Verfahren beteiligt sind.

(HessVGH., Beschl. v. 28. Febr. 1931, VGH Nr. 52/30.)

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußischer Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

1. Art. 129 RVerf. Für vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten ist der Rechtsweg gegeben. Klage auf Feststellung, daß Kl. lebenslänglich angestellter Beamter sei, kann ein von streitigen vermögensrechtlichen Ansprüchen losgelöstes, vom ordentlichen Rechtsweg ausgeschlossenes Feststellungsbegehren enthalten, kann aber auch die Feststellung, daß Kl. als Beamter zu besolden sei, zum Ziele haben und dann im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden. †)

Unbedenklich ist das Beamtenverhältnis ein öffentlich-rechtliches. Daraus entspringende Ansprüche sind öffentlich-rechtlicher Natur, die im Rechtswege nur verfolgt werden können, soweit das gesetzlich zugelassen ist. Nach Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RVerf. ist im Anschluß an die früheren landes- und reichsgesetzlichen Bestimmungen für vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten der Rechtsweg gegeben. Der Kl. verlangte in erster Instanz nur die Feststellung, daß er Beamter des Kreises und als solcher lebenslänglich angestellt sei. Hierin konnte ein von streitigen vermögensrechtlichen Ansprüchen losgelöstes Feststellungsbegehren erblickt werden, für das der Rechtsweg ausgeschlossen ist, weil diese Feststellung die eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist (RG. 108, 118, 119). Es kann darin aber auch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. dahin, daß der Kl. als Beamter zu besolden sei, gefunden werden. An einer solchen Feststellung kann er ein rein vermögensrechtliches Interesse haben, obwohl ihm seine Gebührnisse allmonatlich ausgezahlt werden. Es ist darüber hinaus für ihn von wesentlicher Bedeutung, zu wissen, ob ihm seine Gebührnisse als Gehalt eines Beamten oder als Lohn eines Angestellten gezahlt werden, da davon seine Versorgungsansprüche für den Fall seines Ausscheidens aus dem Dienst, die Reliktenversorgung nach seinem Tode und andere vermögensrechtliche Ansprüche abhängen. Für eine derartige, rein vermögensrechtliche Feststellungsklage ist der Rechtsweg, ebenso wie für eine Leistungsklage gegeben (RG. 122, 113, 118[1]). Wenn die Regierung sich dagegen auf RG. 108, 118 beruft, so übersieht sie, daß in dem dort entschiedenen Falle im Laufe des Rechtsstreits insofern eine Änderung eingetreten war, als die dort geltend gemachten Gehaltsansprüche gar nicht mehr von der Bekl., sondern von einer anderen Stelle zu zahlen waren und deshalb das Feststellungsinteresse nicht mehr vermögensrechtlicher Natur war. Ob die Feststellungsklage vermögensrechtlicher Natur ist, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Im vorliegenden Falle war von vornherein es wahrscheinlich, daß für die Erhebung der Klage vermögensrechtliche Interessen des Kl. maßgebend waren. Nachdem der Kl. in der BerInst. eine diesbezügliche Erklärung abgegeben und dies auch in den angekündigten Anträgen, die vor Erhebung des Kompetenzkonflikts eingegangen sind, zum Ausdruck gebracht hat, unterliegt das keinem Bedenken mehr.

(KompKonflGH., Urt. v. 20. Juni 1931, Pr L 2993.)

Bayern.

Bayerisches Landesversorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

2. Die in einem rechtskräftigen Entscheide enthaltene, an der Rechtskraft nicht teilnehmende Anerkennung von DB. kann auch nach dem Inkrafttreten des § 65 Abs. 2 VerfG. unter den in der Entsch. RVersorgGer. v. 11. Sept. 1923 (E. III, 214) aufgestellten Voraussetzungen widerrufen werden.

(BayLVersorgGer., Urt. v. 31. März 1931, II MV Nr. 497/30; Slg. 1931, 34 Ziff. 168.)

Berichtigung.

In dem Aufsatz Ellenfeld „Das memelländische Aufwertungsgesetz" JW. 1931, 2678 ff. heißt es auf S. 2680 linke Spalte, daß die dort angegebene Verzinsung nach dem ursprünglichen Wert berechnet werde. Herr Obertribunalrichter Plümicke teilt uns mit, daß diese Angabe unrichtig ist: „Zwar finden sich die Worte auch in dem deutschen Gesetzestext, sie sind aber nicht in dem litauischen Gesetzestext maßgebend. In Wirklichkeit wird mit dem betreffenden Prozentsatz nicht der ursprüngliche, sondern der Aufwertungsbetrag verzinst." D. S.

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie deckt sich vollkommen mit der ständigen Rspr. des RG. und kommt auch den berechtigten Interessen der Beamten in dankenswerter Weise entgegen. Der Standpunkt, den der RegPräs. bei Erhebung des Kompetenzkonfliktes eingenommen hat, ist als formalistisch abzulehnen. Es kommt nicht auf die Form des Klageantrages, sondern auf seinen sachlichen Inhalt an. Wenn der Kl. in erster Instanz auf Feststellung seiner Beamteneigenschaft geklagt hatte, so war offenbar damit gemeint, daß er die rechtliche Natur seiner Bezüge als die eines Beamten und nicht als die eines Angestellten festgestellt wissen wollte. Jeder Zweifel darüber ist durch die Erläuterung des Klageantrages in der BerInst. beseitigt worden.

Der Kl. hat ein rechtliches Interesse daran, seiner Auffassung über die Rechtsnatur seines Einkommens schon dann zur gerichtl. Anerkennung zu verhelfen, wenn zur Zeit zwar nicht seine geldliche, wohl aber seine rechtliche Stellung durch die abweichende Beurteilung seiner Dienstbehörde beeinträchtigt wird. Er kann auch weiter darauf klagen, daß seine Ruhegehaltsberechtigung im Falle seiner Dienstunfähigkeit und die Berechtigung seiner Hinterbliebenen auf Witwen- und Waisenversorgung im Falle seines Todes durch den Richter alsbald festgestellt werde. Denn er hat das lebhafteste Interesse daran, schon jetzt zu wissen, ob er bei Dienstunfähigkeit und seine Familie nach seinem Tode versorgt sein werden. Der Umstand, daß der Erfolg der Feststellungsklage von der Vorfrage abhängt, ob er Beamter und nicht nur Angestellter ist, steht der Annahme nicht entgegen, daß es sich im Endergebnis um einen vermögensrechtl. Anspruch nach Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RVerf. handelt.

LGPräs. Dr. Brand, Duisburg.

[1]) JW. 1928, 3234.

Die Übersicht der Rechtsprechung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Hefte zum Abdruck

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27 (Fernsprecher: Lützow 6363)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.